

UNIVERSITÉ CATHOLIQUE DE LOUVAIN

FACULTÉ DE DROIT

C E N T R E D E D R O I T D E S O B L I G A T I O N S

**La formation des contrats sous un angle
dynamique. Réflexions comparatives.**

par
Catherine DELFORGE

Doc. 2001/14

Chapitre de l'ouvrage *Le processus de formation
du contrat*, Bruxelles, Bruylant, 2002

TITRE II. LA FORMATION DES CONTRATS SOUS UN ANGLE DYNAMIQUE

REFLEXIONS COMPARATIVES

Par

Catherine DELFORGE

Assistante au Centre de Droit des obligations de l'U.C.L.

Avocat au barreau de Bruxelles

"Ce pourrait être un corollaire du théorème de Gödel : plus les notions juridiques occupent une position centrale, moins elles sont définies. L'incertitude demeure, non seulement sur la notion de droit elle-même, mais aussi sur celle d'obligation, de propriété, de contrat. De multiples raisonnements juridiques mettent en œuvre ces concepts-clés dont les critères distinctifs n'ont pu être déterminés"¹.

INTRODUCTION

D'importantes contributions ont enrichi l'éventail des études consacrées à la formation des conventions. L'œuvre particulièrement riche de R.S. SCHLESINGER², parue en 1968, ou encore celle tout aussi considérable de RODIERE³ attestent à suffisance de l'intérêt de cette matière et de son aptitude à engager, et ainsi faire progresser, la réflexion juridique. C'est que s'interroger sur la naissance du lien contractuel, élément essentiel de la théorie des obligations, met en lumière des questionnements touchant à ce qui en constitue l'assise. La nécessité grandissante de s'engager dans un droit matériel uniforme participe également de manière certaine au déploiement de cet enthousiasme.

¹ Chr. ATIAS, "Restaurer le droit du contrat", *D.*, 1998, *Chron.*, p. 137.

² R. SCHLESINGER, *Formation of Contract, A Study of the Common Core of Legal Systems*, 2 volumes, 1968.

³ R. RODIERE, *La formation du contrat, Harmonisation du droit des affaires dans les pays du Marché commun*, Pedone, Paris, 1976.

L'approche classique enseigne que la formation des conventions résulte de la rencontre de deux volontés isolées. Qui plus est, le moment de la conjugaison de ces deux monologues en un langage commun pourrait être arrêté avec précision dans le temps, et permettrait ainsi de séparer le "néant" de la réalité contractuelle. Ce moment serait celui où la confiance mutuelle des parties semble avoir atteint son paroxysme et où la convergence des objectifs réciproques paraît suffisamment satisfaisante pour que chacun désire joindre ses intérêts à ceux de l'autre. D'emblée, cette approche part également du postulat que l'une des parties va nécessairement accéder plus rapidement à la concrétisation de ce qu'elle attend de la relation contractuelle projetée. Ainsi va-t-elle initier auprès de l'autre la formation du contrat qu'elle envisage de conclure en lui soumettant ce qui lui paraît essentiel à l'efficacité économique de celui-ci. Désirant ne plus retarder davantage la conclusion de l'accord, elle émet alors une proposition dont les termes sont ceux du contrat projeté. Si l'autre partie les accepte, ce dernier sera conclu. Par cette attitude, celui qui propose la conclusion du contrat émet une offre et l'acceptation de son destinataire constituera le point de confluent nécessaire au passage de ces volontés unilatérales vers une volonté commune, désormais unique socle de leurs obligations respectives.

Dans bien des cas, la rencontre des volontés s'ajuste parfaitement à ce schéma classique. Il suffit, pour s'en convaincre, de poser un regard, même fugace, sur la plupart des contrats permettant la satisfaction de nos besoins les plus élémentaires. De même, l'étude de la pratique, tant judiciaire qu'arbitrale, atteste de la réalité de cette séquentiation originelle de la plupart des accords. Le processus de formation des contrats se scinde ainsi en étapes successives inscrites dans un enchaînement chronologique prédéterminé.

Tout comme la notion de "contrat"⁴, les notions d'offre et d'acceptation sont communes à tous les systèmes. Pourtant, le régime auquel elles demeurent soumises diffère sensiblement. Et telle est précisément la réalité que nous souhaitons aujourd'hui étudier.

La présente étude interrogera successivement six problématiques rythmant la construction du lien obligatoire. Nous les analyserons, transversalement, droit après droit, afin d'en pointer plus aisément les particularités et de s'orienter vers des réflexions critiques, davantage dégagées des perspectives nationales ou supranationales.

⁴ G. ALPA, "Le contrat "individuel" et sa définition", *R.I.D.C.*, 1988, 327 et suivantes, spécialement pp. 333 et suivantes ; J. GHESTIN, "La notion de contrat", *D.*, 1990, *Chron.*, p. 147 ; H. KÖTZ et A. FLESSNER, *European Contract Law, Volume I, Formation, Validity and Content of Contracts ; Contract and Third Parties*, Clarendon Press, Oxford, 1997, p. 3.

Dans un premier temps, il nous paraît nécessaire de circonscrire la notion même d'"offre" et d'en dégager les composantes naturelles. Ceci nous invitera à isoler les éléments indispensables à l'accession à la sphère juridique de la proposition émise, mais également à exposer les critères permettant d'en apprécier la réalité.

Nous constaterons que, déjà à ce stade, les positions, quoique formalisant des exigences théoriques sensiblement similaires, se distancent dans la lecture qu'elles y réservent, les uns préférant s'aligner sur la volonté intime des négociateurs - et donc sur l'élément subjectif de l'offre -, les autres accordant davantage de crédit à l'apparence et aux déclarations de volontés, et attestant de la sorte d'une plus grande objectivation des circonstances données. Cette divergence dans l'appréciation de ce qui particularise précisément l'offre - à savoir la volonté qui y est sous-jacente -, permettra notamment d'apprécier de manière plus attentive le pouvoir concédé aux juges dans la reconnaissance du lien contractuel. En outre, elle mettra en lumière les conséquences pratiques de cette précision terminologique. Reconnaître la qualité d'offre à la volonté manifestée permet en effet de révéler la première étape déterminante du processus de conclusion de l'accord, ce moment charnière qui, dans la théorie classique, marque la phase intermédiaire entre la liberté des partenaires et la contrainte contractuelle.

Une fois les contours de l'offre mieux définis, se pose la question, centrale, de son éventuelle force obligatoire, ainsi que, sous son angle négatif, celle de son possible retrait par celui qui l'a émise. Une volonté unilatérale, par le seul fait qu'elle s'oriente vers la conclusion du contrat et confère à son destinataire le pouvoir exclusif de le former, est-elle susceptible à elle seule d'engager son auteur ? La question est pertinente. Elle a en outre suscité d'intenses discussions. Les spécificités propres à chaque système, fruits de leur évolution culturelle et économique personnelle, justifient que ceux-ci lui apportent une réponse de principe différente. Cette seconde réflexion permet de percevoir davantage quelles sont les questions, plus théoriques, inhérentes à de tels choix de politique juridique. Il n'a en effet jamais été de soi, dans aucun des pays étudiés, qu'une volonté unilatérale engage à elle seule celui qui l'émet. La confiance octroyée au lien contractuel s'étend plus difficilement aux actes isolés dont la force obligatoire devrait nécessairement davantage se déduire d'un engagement social, perspective moins aisément acceptable pour certains systèmes.

Il nous appartiendra, dans un troisième temps, d'apprécier les causes susceptibles d'entraîner la disparition de l'offre. Le caractère unilatéral de cette dernière la rend nécessairement plus réceptive à certaines circonstances de nature à la fragiliser. Refus d'un engagement perpétuel du pollicitant ou répugnance pour une soumission inconditionnelle de ce dernier au bon vouloir de son destinataire, telles sont les principales justifications avancées à l'anéantissement de l'offre par le seul effet du temps ou en raison de son rejet manifeste. Outre les conséquences attachées à l'inaction du destinataire de l'offre ou, au contraire, à sa position non conforme, il convient d'envisager dans quelle mesure la proposition émise peut être dégagée de la volonté de son auteur, et survivre aux circonstances qui viendrait affecter l'existence ou la capacité de ce dernier.

Dans un quatrième temps, il conviendra de se tourner vers l'acceptation, cette volonté unilatérale puissante à elle seule à engager les parties dans la relation contractuelle. Tout comme il en a été de l'offre, nous en apprécierons tant les contours que la forme. Quant à ses composantes intrinsèques, les droits manifestent une attitude des plus minimaliste, faisant de l'acceptation le simple reflet de l'offre, et la dépouillant en principe de toute autonomie quant à son contenu.

Quant à sa forme, les questionnements foisonnent et les débats s'intensifient. Les effets du silence ou de l'inaction retiennent en effet particulièrement l'attention. Dans quelle mesure est-il exigé du destinataire de l'offre qu'il fonde son consentement au contrat dans une manifestation particulière ? Jusqu'où imposer l'extériorisation de sa volonté ? Voilà les principales questions que cette interrogation suscite. Et elle est déterminante. Le nombre d'écrits qui y ont été consacrés en témoigne. Ceux-ci mettent en effet en exergue la portée susceptible de leur être concédée, particulièrement lorsque les parties entretiennent des relations inscrites dans le temps. La seule répétition d'actes ou de silences permet en effet de leur conférer une valeur juridique relative, le passé étant considéré comme à même d'éclairer le sens des volontés présentes et futures.

Enfin, et en cinquième lieu, sera envisagée la sensible question de la discordance, matérielle ou temporelle, entre l'acceptation et l'offre. Cette interrogation se scinde elle-même en deux questions plus particulières et dont l'incidence pratique est incontestée. La formation du contrat suppose en effet d'une part, et comme nous l'avons dit, que l'acceptation reflète le contenu de l'offre. Pourtant, l'étude des différents droits atteste que cette exigence s'est peu à peu assouplie, autorisant une relative particularisation de l'acceptation par rapport à l'offre qu'elle prétend rencontrer. Sans nécessairement contrarier le processus de conclusion de l'accord, elle peut ainsi parfois présenter des divergences. Il convient d'apprécier dans quelle mesure ces dernières sont admises ou sont susceptibles de faire obstacle à la rencontre effective des consentements.

On enseigne, d'autre part, que l'acceptation doit nécessairement intervenir dans un temps où l'offre est encore efficace. À défaut, elle s'y substitue et met en perspective la conclusion d'un nouveau contrat dont elle pose les balises. L'acceptation ne peut être tardive. C'est certain. Mais quel sort lui sera réellement réservé si tel devait en être le cas ? Toute circonstance à même de la retarder est-elle regardée avec la même rigueur ? Nous verrons qu'ici encore, les positions divergent, les uns refusant de voir dans une telle acceptation un acquiescement valide au contrat, les autres lui témoignant une plus grande tolérance.

Suivre pas à pas la construction progressive du contrat nous poussera alors logiquement, après en avoir étudié les deux étapes principales que sont l'offre et l'acceptation, à en isoler la fusion en un seul consentement. La question du moment et du lieu de la formation du contrat retiendra alors finalement notre attention. Question cruciale, d'une importance pratique certaine, elle témoigne d'un rapprochement indéniable des droits, attestant par là même de son

caractère déterminant sur la scène supranationale et sur la réalité des accords internationaux. Nous jaugerons alors les théories avancées, et les solutions choisies, mais également les nuances apportées, en apparence minimales, mais d'une portée considérable.

Ces six questions, étapes de notre réflexion sur le processus de formation des contrats, en constitueront la charpente. Elles seront une à une pointées au regard de la spécificité de chaque droit (perspective "verticale"), mais également intégrées dans cette perspective plus globale et constructive qu'appelle l'approche comparative (perspective "horizontale").

Les multiples initiatives d'unification du droit des contrats, mais aussi plus simplement une ouverture ressentie comme de plus en plus vitale sur le droit comparé et la pratique, invitent à s'interroger en profondeur sur de nombreux principes perçus comme acquis et inébranlables. Elles appellent la réflexion et le dépassement, ainsi que l'abandon d'un nationalisme trop naturellement défendu.

L'étude du droit comparé témoigne que les questionnements sont communs, mais les solutions parfois divergentes. Dès lors, rien ne peut rester immuable et une remise en question est nécessaire afin que si l'on consent à préférer une règle, on soit en mesure d'en défendre les justifications et d'en appréhender les conséquences pratiques.

Telle est la perspective dans laquelle nous avons choisi d'inscrire notre étude. La première partie de celle-ci consistera en une approche des principales règles nationales gouvernant la formation des contrats (chapitre 1^{er}). Seront alors successivement abordés les droits belge, français, allemand, suisse et anglais. Notre choix s'est porté sur ces droits en raison de la communauté d'idéologie qu'ils partagent, empreinte des influences tant du christianisme, que de la démocratie libérale et de l'économie capitaliste qu'ils consacrent⁵.

Au sein de la famille romaniste, l'étude des droits belge, français, allemand et suisse nous est parue particulièrement opportune en ce qu'elle est le témoin de la philosophie particulière à partir de laquelle chacun de ces droits s'est construit.

Le droit allemand est certainement l'outil qui s'inscrit le mieux dans une œuvre scientifique, alimentée du souci du détail et de l'exhaustivité. Le souhait de perfection qui a animé les rédacteurs du BGB, et qui les a engagés dans une voie plus dirigiste envers les juges, contraste avec la plus grande marge de liberté concédée aux magistrats belges, français et suisse.

L'étude du droit suisse permet quant à elle de se départir de l'idée erronée qui anime souvent les juristes de sa similitude parfaite avec le droit allemand. Certes, l'influence allemande n'est

⁵ V. R. DAVID, *Les grands systèmes de droits contemporains*, L.G.D.J., Paris, 8^{ème} édition, 1982.

pas totalement exclue des normes édictées, loin s'en faut puisqu'il s'en est largement inspirée. Pourtant, une volonté de simplicité, et un refus marqué de toute approche purement abstraite, ont autorisé l'élaboration de règles plus souples, justifiant son inclusion dans notre étude.

Contrairement aux droits allemand et suisse, les droits belge et français ne renferment aucune réglementation spécifique de la phase de formation des contrats. Les notions d'offre et d'acceptation sont absentes du code civil et seules certaines législations particulières, soucieuses d'une protection minimale des consommateurs, y font référence. Pourtant, malgré ce vide juridique partiel, la jurisprudence et la doctrine ont élaboré un ensemble cohérent de règles, dont les contours sont souvent assez proches de ceux dégagés par les autres droits. Cette réalité témoigne que les questions rencontrées au travers des litiges, et qui ont permis au régime de se forger, sont universelles, mais aussi que les réponses qui y sont apportées ne peuvent être dégagées d'une approche concrète de la pratique.

L'avancée des droits allemand ou suisse paraît n'en ressortir que plus clairement, attestant que les normes qu'ils renferment sont le fruit d'une construction réfléchie du droit, et d'une prise en compte de la réalité telle qu'elle s'est posée aux travers des contentieux. L'avantage d'une telle consignation des règles dans un code est certainement au premier titre de favoriser l'égalité des plaignants, mais également de renforcer la prévisibilité de la règle. On s'attendrait à ce qu'elle rende le régime plus rigide, et moins propice aux adaptations requises par la pratique. Or, il n'en est rien. Certes, le droit suisse répond davantage à ce souci, le dogmatisme du droit allemand le rendant moins perméable à de tels changements. Mais de tels ajustements ne sont pas totalement exclus de ce dernier droit. Quant aux droits belge et français, l'existence d'une jurisprudence confirmée permet de contrebalancer l'absence de réglementation écrite.

Comme les droits belge et français, le régime de la rencontre des volontés est, en *common law*, exclusivement prétorien. Cela se conçoit par ailleurs davantage dans un système largement inspiré par la règle du précédent. Pourtant, le droit américain, bien qu'empreint de l'influence anglo-saxonne, s'est inscrit dans une perspective quelque peu différente, le droit écrit n'y étant pas totalement absent comme en témoignent l'U.C.C. et le *Restatement (Second) of Contracts*.

L'apport de la *common law* ne pouvait être négligé. L'importance première qui y est reconnue à des concepts qui, en droit continental, paraissent plus secondaires justifie également que l'on s'y attarde et y puise quelque indice d'une réflexion progressiste. Le pragmatisme dont transpirent la plupart des décisions, et découlant d'une vision particulière de la réalité contractuelle, autorise en outre une remise en question des conceptions traditionnelles. L'approche moins "morale" et plus libérale de ce système en fait un outil de réflexion particulièrement précieux.

Nous étudierons encore, et toujours dans ce premier chapitre, les principaux instruments internationaux ayant pris soin de régir la phase de formation des conventions : la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises, les Principes UNIDROIT et les Principes européens. Ces instruments, fruits de la combinaison de règles nationales, sont particulièrement significatifs de la convergence possible des différents droits. L'élaboration de leurs règles s'est faite au travers d'une interrogation approfondie des normes nationales, mais également de leurs fondements et de leur adéquation à la pratique. En cela principalement, ils participent nécessairement à une réflexion globale sur la formation des conventions.

Le second chapitre sera alors consacré à une approche davantage comparatiste des normes exposées dans celui qui le précède. Il s'agira alors de dégager, au gré des difficultés posées par la rencontre des volontés, les normes s'ajustant le mieux à un souci d'uniformisation et qui paraissent plus adéquatement s'inscrire dans une construction cohérente de la réalité contractuelle.

Ce sera alors également l'occasion, dans un troisième chapitre, d'envisager les récents questionnements doctrinaux qu'a suscités l'approche classique de la formation des conventions. Nous nous interrogerons sur la pertinence de la lecture qu'elle propose de la rencontre des volontés. L'offre et l'acceptation sont-elles nécessaires à la conclusion du contrat ? Ne pourrait-on concéder que, dans certaines situations, leur isolement est impossible ou inutile ? De même, la réalité actuelle d'une formation progressive des accords, et d'une contractualisation incontestable des négociations, permettent-elles d'apporter quelque éclaircissement sur les réflexions traditionnelles ? Et le juge, n'est-il pas aujourd'hui amené à jouer un rôle actif dans la construction du contrat ?

Telles seront les principales questions que nous envisagerons avant de clore notre étude dans un dernier chapitre.

CHAPITRE 1. LES DROITS NATIONAUX

SECTION 1. DROIT BELGE

"(...) l'article 1134 du Code civil (...) proclame la liberté de l'homme de créer lui-même le droit et souligne en même temps l'égalité des contractants et leur responsabilité d'hommes qui engagent leur foi en créant la loi contractuelle"⁶

1.- La proximité des droits belge et français aurait pu justifier qu'ils soient étudiés ensemble. Dans ces deux pays, en effet, les notions d'offre et d'acceptation reçoivent un contenu identique et les principes fondamentaux sur lesquels la formation des accords repose - autonomie de la volonté, liberté contractuelle, consensualisme - sont communs. Force est cependant de reconnaître que leurs régimes divergent principalement en ce que, contrairement au droit belge, le droit français ne reconnaît en principe pas à l'offre une force obligatoire. Ainsi, en France, reste-t-il avancé avec fermeté que l'offre est révocable quand bien même elle serait parvenue à son destinataire. Même s'il ne fait aucun doute que l'application réservée à ce principe par la jurisprudence française reste des plus nuancée et que, dans les faits, la frontière soit beaucoup moins étanche qu'il n'y paraît, il nous a semblé plus opportun, pour la clarté de l'exposé, d'aborder ces deux droits successivement afin d'en pointer plus aisément les divergences.

I. Les principes applicables à la formation des accords

A. La formation des contrats : la rencontre entre une offre et une acceptation

2.- Le droit belge appréhende la formation des contrats comme la rencontre entre une offre et une acceptation matérialisant de la sorte, en les isolant, les deux volontés qui en sont constitutives. Sans l'acceptation, il n'y a point de contrat⁷ et celle-ci n'est telle que parce qu'elle succède chronologiquement à une volonté première, l'offre, qu'elle entend rencontrer au moins partiellement.

3.- Le régime juridique applicable à la phase de conclusion des accords demeure exclusivement prétorien. Le code civil reste en effet silencieux quant au processus dynamique de rencontre des volontés, que ce soit pour tracer les étapes possibles de la négociation et les actes juridiques susceptibles d'y être posés, ou pour énoncer les règles de conduite imposées

⁶ L. SIMONT, "Tendances et fonctions actuelles du droit des contrats", in *Renaissance du phénomène contractuel*, Fac. Dr. Liège, 1971, p. 490.

⁷ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, Tome II, 3^{ème} édition, p. 487 et suivantes et p. 507 n°514 selon qui "l'offre ou pollicitation est un stade précontractuel qu'on retrouve dans la formation de tous les contrats" ; v. également récemment Comm. Bruxelles, 30 juin 1995, *T.R.V.*, 1996, p. 513.

aux négociateurs et la mesure dans laquelle leur liberté peut se trouver corrélativement restreinte. S'y trouvent seules précisées les conditions de validité requises à l'efficacité juridique du contrat⁸ une fois que les volontés se sont rencontrées.

B. Une prépondérance de la volonté réelle des parties

4.- En réalité, c'est principalement autour d'une exigence inscrite dans l'article 1108 du code civil que les règles gouvernant la formation du contrat se sont forgées. Selon cette disposition, en effet, le contrat n'est valide que pour autant qu'ait pu être constaté un consentement réciproque des parties. Ainsi, le droit belge accorde, à l'instar du droit français avec lequel il partage une même tradition et un même code, à l'exigence du consentement une coloration subjective. Est en effet seule déterminante l'intention réelle de conclure la convention⁹. Ce principe est encore confirmé par l'article 1156 du même code¹⁰, établissant une règle d'interprétation, et invitant le juge à rechercher la volonté intime de celui dont il apprécie les déclarations et comportements. La manifestation extérieure dans laquelle une telle volonté se fonde n'est susceptible, à notre sens, que de jouer un rôle de correctif face aux solutions qui paraissent inéquitables. Ce n'est ainsi qu'à titre exceptionnel, lorsque l'intention réelle ne peut être établie ou se trouve contredite par un comportement univoque, que l'intention déclarée pourra prendre le pas sur elle et être retenue comme source d'obligations.

L'article 1156 ne s'oppose pas à une telle analyse, laquelle se trouve par ailleurs recommandée par l'article 1162 du même code. Cette dernière disposition autorise en effet le juge, en cas de doute sur le sens des termes¹¹, à se dégager de la volonté réelle et à inclure dans son champ d'appréciation l'ensemble des circonstances de l'espèce témoins de cette intention. Ainsi, pourront être retenues les habitudes dégagées, au fil du temps, par les parties, de même que les termes consignés dans un document écrit au nom de la prévalence de l'écrit (article 1341 du code civil). L'exigence de bonne foi, dans sa fonction interprétative ou complétive, de même que la réception, comme source d'obligations, de l'apparence tolèrent à notre sens également un tel glissement¹².

⁸ Notons que l'article 1101 des codes civils belge et français définit le contrat comme "*une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose*".

⁹ H. DE PAGE, *Traité élémentaire*, Tome II, 3^{ème} Édition, 1964, p. 547, n°562.

¹⁰ Selon cette disposition, en effet, "*on doit, dans les conventions, rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes*". V. sur la portée de cette disposition : S. STIJNS, P. WERY et D. VAN GERVEN, "Chronique de jurisprudence - Les obligations : Les sources (1985-1995)", *J.T.*, 1996, p. 716 et suivantes, spécialement les n° 82 et suivants.

¹¹ En effet, en l'absence de doute, aucune interprétation n'est nécessaire. Selon l'article 1162, en effet, "*dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation*".

¹² V. également S. STIJNS, P. WERY et D. VAN GERVEN, *o.c.*, pp. 693 et suivantes, n° 10 et suivants.

C. La force obligatoire des conventions

5.- L'importance accordée au consentement des parties fait que, pendant longtemps, il fut admis que la force obligatoire des conventions découlait de la rencontre même de ces volontés. Cette conception selon laquelle les volontés sont autonomes, mais aussi toutes-puissantes, ne satisfait cependant plus la majeure partie des théoriciens du droit¹³. Selon ceux-ci, en effet, si le contrat a force contraignante, en ce qu'il manifeste la commune intention des parties, il n'a cette vertu que parce que le droit positif le lui accorde. C'est aussi peut-être en ce qu'il est à la fois utile, individuellement mais aussi socialement, et juste qu'il doit être observé¹⁴.

D. Les principes fondamentaux applicables en matière contractuelle

6.- Le droit belge des contrats repose sur trois principes fondamentaux que sont les principes de la convention-loi¹⁵, de la liberté contractuelle et du consensualisme. De leur combinaison dérivent la reconnaissance de l'autonomie importante accordée aux parties dans l'accomplissement des actes portant réalisation de leurs intérêts économiques, mais aussi la légitimation de la contrainte qu'est susceptible d'infliger le droit positif une fois cette liberté consommée dans un accord contractuel.

7.- Les dispositions du code civil de 1804 sont empreintes de la philosophie individualiste et libérale, fruit de la Révolution française, où la liberté et l'égalité contractuelles ont été posées en dogmes¹⁶. Le droit des contrats y puise ses racines dans un principe fondamental, inscrit à l'article 1134, alinéa 1^{er}, selon lequel les conventions tiennent lieu de lois pour ceux qui les ont

¹³ J. GHESTIN, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, L.G.D.J., Paris, 1993, n°45 et n°223 et suivants (qui y substitue l'idée de l'utile et du juste) ; J. WALINE, "Le rôle de la volonté dans la théorie de l'acte administratif unilatéral et dans le droit civil des contrats", in *Le rôle de la volonté dans les actes juridiques, Etudes à la mémoire du Professeur Alfred RIEG*, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 870, mais également A. RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'ordre juridique en droit civil français et allemand*, L.G.D.J., Paris, Thèse, 1961.

¹⁴ M. COIPEL, *Eléments de théorie générale des contrats*, Story Scientia, 1999, pp. 12 et suivantes, reprenant la théorie développée par J. GHESTIN, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, 3^{ème} édition, Paris, LGDJ, spécialement pp. 200 et suivantes, n° 223 et suivants.

¹⁵ P. VAN OMMESELAGHE, "La rigueur contractuelle et ses tempéraments selon la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique", in *Le contrat au début du XXI^{ème} siècle, Etudes offertes à Jacques GHESTIN*, L.G.D.J., 2001, pp. 881 à 920. L'auteur y expose le principe et les évolutions récentes qui y ont été réservées.

¹⁶ M. COIPEL, *o.c.*, 1999, p. 13, n° 16.

faites et s'imposent en tant que telles au juge¹⁷. Les deux autres piliers du triptyque puisent quant à eux leur source dans la doctrine et la jurisprudence. Le premier de ceux-ci, le principe de la liberté contractuelle, dont la consécration formelle fut jugée superflue en raison de son évidence, autorise les parties à être autonomes et libres dans le choix de leurs contractants, mais aussi dans celui du contenu de la convention qu'elles projettent de conclure. Plus fondamentalement encore, il accorde à celles-ci le droit de ne pas conclure une convention qui ne correspondrait pas à leurs attentes¹⁸. Bien que ces principes connaissent certains tempéraments légaux ou jurisprudentiels, ils restent au cœur de toute relation contractuelle et doivent guider le juge dans sa mission de pacification des conflits.

À cette liberté contractuelle fondamentale, s'adjoint un corollaire important ; le principe du consensualisme. Celui-ci pose pour règle que la liberté des parties s'étend jusque dans le choix de la forme donnée à leurs conventions, aucune formalité n'étant en principe nécessaire pour en parfaire l'existence¹⁹.

II. L'offre de contracter

A. Notion

1. Définition

8.- J.L. AUBERT voyait dans l'offre " *une préfiguration de la situation contractuelle à venir* " ²⁰. En ce sens, l'offre consiste en une proposition de contracter, ferme et complète, à laquelle il ne manque plus que l'acceptation de son destinataire pour que le contrat qu'elle tient en germe se forme.

Cette définition, inspirée de l'enseignement de l'éminent juriste Henri DE PAGE²¹, a été posée en termes clairs par un arrêt de Cour de cassation belge du 23 septembre 1969²². Elle est en outre sans cesse reprise depuis, tant par la jurisprudence²³ que la doctrine²⁴.

¹⁷ La rigueur de la règle reste cependant nuancée par la portée accordée à l'article 1135 du même code, lequel avalise les solutions d'équité.

¹⁸ Cass., 13 septembre 1991, *J.T.*, 1992, p. 275 ; J. ROMAIN, "La liberté de commerce et le refus de contracter", *R.G.D.C.*, 1994, pp. 440-462 (1^{ère} partie) et 1995, pp. 7-25 (2^{ème} partie).

¹⁹ Nous renvoyons sur cette question en particulier à la contribution de M. BRASSEUR, Titre IV.

²⁰ J.L. AUBERT, *Notion et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, L.G.D.J., Paris, 1970, p.14.

²¹ H. DE PAGE, *Traité élémentaire*, Tome II, 3^{ème} Édition, 1964, p. 491 et suivantes, n° 499 et suivantes.

²² Cass., 23 septembre 1969, *Pas.*, 1970, I, 73 et *R.C.J.B.*, 1971, p.216 et suivantes avec une note de SCHOENTJES-MERCHERS, "Propositions, pourparlers et offres de vente", *R.C.J.B.*, 1971, p. 224 et suivantes ; H.

9.- Par cette définition, la haute juridiction entend distinguer l'offre des pourparlers préparatoires ou de l'invitation à l'offre²⁵, lesquels sont dépourvus de force obligatoire. Selon Henri DE PAGE, en effet, *"l'offre se distingue essentiellement des pourparlers ou propositions ; dans ceux-ci en effet la volonté des parties en présence n'est pas définitivement fixée (...) dans l'offre au contraire, se manifeste la première proposition ferme, le pas décisif vers la formation du contrat. La partie qui en prend l'initiative précise définitivement sa volonté, sa position, son point de vue, en telle sorte que l'autre n'a plus qu'à s'y joindre (par l'acceptation) pour que le contrat soit formé"*²⁶.

En outre, elle peut être faite à un – ou plusieurs - destinataire (s) précis, mais aussi au public²⁷. Cette dernière engage tout autant que celle faite à une personne déterminée.

2. Éléments constitutifs de l'offre

10.- Trois éléments se dégagent de la définition posée par la Cour de cassation, conditions dont la présence devra en toutes circonstances être vérifiée.

11.- L'offre doit, tout d'abord, être *ferme* en ce sens qu'elle doit manifester la volonté définitive de son auteur d'être lié en cas d'acceptation²⁸. Ainsi il est requis que celui qui l'émet soit décidé, en cas d'acceptation, à s'obliger contractuellement.

Partant de cette règle, la jurisprudence belge considère, par exemple, que les demandes de devis ou de soumission et les ventes aux enchères ne présentent en principe pas suffisamment de fermeté pour justifier la qualité d'offre²⁹. Il est cependant admis qu'une interprétation des

DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, Tome II, 3^{ème} édition, n°498bis et suivants ; L. HENEBICQ et M.P. WOUTERS, *Novelles, Droit civil*, Tome IV, Larcier, 1957, p. 98, n°188.

²³ Voir décisions citées dans la suite de notre exposé.

²⁴ V. notamment L. CORNELIS, "Het aanbod bij het standkomen van overeenkomsten", *R.D.C.B.*, 1983, pp. 6-47 ; Fr. 't KINT, "Négociation et conclusion du contrat", in *Les obligations contractuelles*, Ed. Jeune Barreau, 1984, pp.30 et suivantes L. CORNELIS, "La responsabilité précontractuelle, conséquence éventuelle du processus précontractuel", *R.G.D.C.*, 1990, p. 393 ; S. STIJNS, P. WERY et D. VAN GERVEN, *o.c.*, 1996, pp.714 et suivantes ; J.M. TRIGAUX, "L'incidence de plusieurs législations récentes sur le droit commun des contrats", *Ann.Dr.Louvain*, 1997/3-4, p.216 ; M. COIPEL, *o.c.*, 1999, pp. 41 et suivantes.

²⁵ V. P. VAN OMMESELAGHE, "Les obligations contractuelles", *R.C.J.B.*, 1975, p.488, n°39.

²⁶ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 1964, Tome II, n°514.

²⁷ H. DE PAGE, *o.c.*, 1964, p.517, n°524.

²⁸ Fr. 't KINT, *o.c.*, pp. 32-34 ; M. COIPEL, *o.c.*, 1999, p. 42, n° 56.

²⁹ V. les références citées par Fr. 't KINT, *o.c.*, p.33.

termes de la proposition autorise une solution différente s'il ressort des circonstances que la fermeté requise dans le chef du pollicitant était bien présente.

12.- La question paraît plus délicate lorsque l'on s'interroge sur l'admission de la qualification d'offres aux tarifs, prix courants et catalogues de prix. La majorité des auteurs y voient de véritables offres faites sous réserve de la disponibilité du stock³⁰ et cette position nous paraît devoir être approuvée.

13.- L'exigence de fermeté pose ainsi tout logiquement la question de la possibilité de qualifier d'offre une proposition faite avec réserve, c'est-à-dire une proposition énonçant elle-même certaines restrictions à son application, et ce que ces réserves soient expresses ou tacites. La réserve tacite est généralement admise lorsque l'offre est adressée au public³¹. Ainsi, l'offre de vendre est toujours considérée comme étant faite sous réserve du stock disponible³². Lorsqu'elle est au contraire faite à un destinataire déterminé, la jurisprudence exige traditionnellement que la réserve soit formulée ou, du moins, ne puisse être ignorée.

La reconnaissance de réserves tacites peut soulever des difficultés dans certains cas particuliers. Dans le cadre du contrat de vente, par exemple, la solvabilité de l'acheteur pourrait être considérée comme une réserve, le paiement du prix étant une condition essentielle du contrat. Pourtant, elle ne peut être considérée comme étant d'agrément et dès lors susceptible de faire échec à la formation du contrat.

Ainsi, le fait pour l'offrant d'émettre certaines réserves à son engagement ne prive en principe pas l'offre de sa qualification juridique³³. L'offrant reste lié par les termes de son engagement et il n'en sera autrement que si la réserve est formulée de manière tellement générale qu'elle semble porter sur l'objet même du contrat ou sur une condition qui lui est essentielle ou substantielle. C'est en ce sens qu'est déniée toute qualification d'offre à certaines propositions qui, dans le langage courant, reçoivent pourtant cette dénomination (offre d'emploi, offre de location d'un bien...)³⁴. La réserve d'agrément ainsi émise dépouille en effet la proposition de toute fermeté (parce qu'elle porte sur l'engagement lui-même), de sorte qu'elle ne peut être perçue que comme un appel d'offres³⁵.

³⁰ V. notamment 't KINT Fr., *o.c.*, p.34 ; Y. SCHOENTJES-MERCHERS, "Propositions, pourparlers et offres de vente", *R.C.J.B.*, 1971, p.229, n°10. *Contra* : L. HENEBICQ et M.P. WOUTERS, *Novelles*, *o.c.*, p. 99, n°194-195.

³¹ Fr. 't KINT, *o.c.*, p.32-33.

³² V. également H. DE PAGE, *Traité élémentaire*, Tome II, 3^{ème} Édition, 1964, p.517, n° 524.

³³ Fr. 't KINT, *o.c.*, p.32.

³⁴ M. COIPEL, *o.c.*, 1999, p. 41, n°56.

³⁵ M. COIPEL, *o.c.*, 1999, p.41.

14.- Pour être qualifiée d'offre au sens juridique du terme, la proposition doit encore être complète. On enseigne que cette condition est remplie dès que l'offre précise les éléments essentiels et substantiels du contrat à conclure³⁶.

Sont considérées comme "*essentiels*", les prestations nécessaires à la réalisation de l'objet du contrat tel qu'il a été envisagé par les parties³⁷. Lorsque le contrat est nommé, celles-ci sont définies par le législateur, alors que si le contrat est innommé, c'est au juge qu'il appartiendra de rechercher quels éléments doivent être considérés comme "*caractéristiques*" au regard du but économique poursuivi par les parties et des usages.

On qualifie au contraire de "*substantiels*" les éléments dont le caractère déterminant résulte de la volonté d'une au moins des parties, que celle-ci soit clairement affirmée ou qu'elle le soit en vertu des usages³⁸. Le principe de l'autonomie des volontés admet en effet que les parties érigent elles-mêmes certains éléments, légalement accessoires, en points déterminants de leur consentement, à la condition cependant que leur importance ait été connue de l'autre partie.

Au contraire de ces deux premiers types d'éléments, les points accessoires ne doivent pas nécessairement être le réceptacle de l'accord des deux parties pour parfaire le contrat. À défaut d'accord quant à leur contenu, en effet, le contrat sera néanmoins considéré comme conclu. L'éventuelle lacune résultant de cette absence de détermination sera être comblée, à défaut d'entente ultérieure, par l'application des règles supplétives contenues dans le code civil ou les lois particulières. Les points accessoires peuvent ainsi être précisés ultérieurement - le cas échéant grâce à une nouvelle négociation - sans contrarier le processus de conclusion du contrat³⁹.

³⁶ L. HENEBICQ et M.P. WOUTERS, *Les Nouvelles, Droit civil*, IV, p. 98, n°189 ; P. VAN OMMEFLAGHE, "Examen de jurisprudence - Les obligations", *R.C.J.B.*, 1986 ; Fr.'t KINT, *o.c.*, pp. 31-32 ; S. STIJNS, P. WERY et D. VAN GERVEN, "Les obligations : Les sources", *J.T.*, 1996, p. 708, n°48 ; M. COPEL, *o.c.*, 1999, pp.41 et suivantes.

³⁷ P. VAN OMMEFLAGHE, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1975, p.490, n°41 citant Cass., 2 octobre 1968, *Pas.*, 1969, I, 129 ; M. HANOTIAU, "Formation du contrat : les éléments caractéristiques de la convention", in *Le contrat en formation*, ABJE, 1987, p. 101, n°4.

V. par exemple Liège, 28 février 1997, *J.L.M.B.*, 1998, pp. 180 et suivantes (*S.A. Carrières d'Ottre-H. PAGANI c. A.C.L. - contrat d'entreprise*) et Cass., 1^{er} février 1982, R.G. 79/28138, *Inédit* (contrat de travail).

³⁸ Fr. GLANSDORFF, "La définition et les caractéristiques du contrat à prestations successives", in *La vie du contrat à prestations successives*, J.B.B., 1991., pp.27-28 et les références citées ainsi que L. SIMONT, J. DE GAVRE, P.A. FORIERS, "Examen de jurisprudence (1981-1991), Les contrats spéciaux", *R.C.J.B.*, 1995, p.113, n°2.

Il est important de noter que, selon certains auteurs (v. M. HANOTIAU, "Formation du contrat : les éléments caractéristiques de la convention", in *Le contrat en formation*, ABJE, 1987, p.102), tout élément accessoire ne peut accéder au stade d'élément "*substantiel*". Il ne le sera que si, outre son entrée dans le champ contractuel, il affecte l'économie globale du contrat, en ce sens qu'il intervient dans "*l'équilibre économique des contre-prestations*".

³⁹ P. VAN OMMEFLAGHE, *o.c.*, p. 491 ; Comm. Bruxelles, 9 mai 1969, *J.C.B.*, 1971, 181 ; E. MONTERO note sous Civ. Namur, 26 avril 1990, *R.R.D.*, 1990, p. 489.

15.- Admettre, comme le fait le droit belge, que le contrat se forme dès la rencontre d'une offre et d'une acceptation portant au moins sur les éléments essentiels et "essentialisés" par les parties, implique nécessairement que l'offre, première volonté manifestée, ne pourra permettre à l'acceptation de former le contrat que si elle contient la précision nécessaire de ces éléments⁴⁰. Il est à noter en outre que, pour certains types de ventes par exemple, telles que la vente portant sur un immeuble, l'indication du prix et de la chose ne suffit pas à faire de la proposition une offre. La jurisprudence admet de la sorte que certains éléments subjectivement essentiels soient implicites⁴¹.

Au regard de ces considérations, l'on peut définir l'offre d'entrer en négociations comme une initiative unilatérale qui se distingue de l'offre à proprement parler en ce sens qu'elle ne précise pas les éléments essentiels du contrat à conclure et n'exprime ainsi pas une volonté ferme de celui dont elle émane. Elle se limite à informer l'autre partie que celui qui l'émet est disposé à discuter des termes du contrat. Face à une telle proposition, les parties seront uniquement invitées à mener des négociations de bonne foi, sans que celui qui émet la proposition ne soit juridiquement tenu de conclure le contrat si l'autre partie en éprouve la volonté.

16.- Enfin, et en troisième lieu, on enseigne traditionnellement que l'offre doit encore être parvenue à son destinataire si celui-ci est déterminé ou être simplement extériorisée si elle est faite au public⁴². En ce sens, l'offre devrait nécessairement être communiquée, et être susceptible de parvenir à la connaissance de son destinataire pour produire des effets juridiques. Avant cela, en effet, elle peut valablement être rétractée, notamment par l'emploi d'un moyen de communication plus rapide que celui utilisé pour son émission.

17.- En réalité, bien que cet élément soit souvent cité à côté des deux précédentes composantes de l'offre, il n'est pas certain qu'elle puisse effectivement revêtir pareille qualité. L'on doit à notre sens, et conformément à ce qui semble se déduire d'une doctrine majoritaire⁴³,

⁴⁰ Y. SCHOENTJENS-MERCHERS, "Propositions, pourparlers et offre de vente", *R.C.J.B.*, 1971, 228 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, II, n°520.

⁴¹ V. Civ. Bruxelles, 31 mai 1995, *R.G.D.C.*, 1996, p. 68. V. également Bruxelles, 16 juin 1970, *L'entr. et le droit*, 1973, 154 et note DENEVE ; Civ. Bruxelles, 31 mai 1995, *R.G.D.C.*, 1996/1, p. 68 ; Civ. Bruxelles, 24 octobre 1991, *res et iura Immobilia*, 1992, p.63.

⁴² V. notamment L. SIMONT, "L'engagement unilatéral", in *Les obligations en droit français et en droit belge : convergences et divergences (Actes des journées d'étude organisées les 11 et 12 décembre 1992 par la Faculté de droit de Paris Saint-Maur et la Faculté de droit de l'ULB)*, L.G.D.J. - Bruylant, Paris-Bruxelles, 1994, p.25 ; Fr.'t KINT, *o.c.*, p.34 ; V. également Liège, 3 octobre 1986, *Rev. Not. Belge*, 1989, p. 54.

⁴³ V. notamment S. STIJNS, P. WERY et D. VAN GERVEN, *o.c.*, 1996, p.714, n°73. De même Fr. 't KINT, *o.c.*, p. 14 (qui qualifie l'offre par ses seules exigences de précision et de fermeté) et pp. 31 et suivantes, et en particulier

davantage lier cette exigence à la seule prise d'effets de l'offre. La communication de l'offre à son destinataire se limiterait ainsi à conditionner sa force obligatoire.

Bien que les auteurs n'accordent guère de développements à cette question, elle n'est pas dépourvue de toute pertinence, en ce compris sur un plan pratique. Faire de cette obligation une condition d'existence de l'offre impliquerait en effet que celle-ci ne pourrait être constatée si la proposition n'est pas adressée à son destinataire, alors même que celui-ci en aurait eu connaissance par une voie détournée⁴⁴.

3. Forme de l'offre

18.- Le droit belge accepte sans difficulté que, tout comme il en est de l'acceptation, l'offre n'est en elle-même subordonnée à aucune exigence particulière de forme. Le principe du consensualisme dicte en effet, et sauf dérogation légale, une telle solution.

L'offre peut ainsi tout autant être expresse que tacite. Dans ce dernier cas, la proposition sera considérée comme telle, dès lors que les exigences de fermeté et de précision sont rencontrées. Il en sera ainsi, par exemple, lorsque des marchandises sont exposées avec indication de leur prix dans l'étalage d'un magasin ou encore lorsqu'un taxi stationne dans un emplacement réservé à l'embarquement des passagers⁴⁵. Dans ces situations, en effet, aucune équivocité ne se dégage du comportement de l'offrant.

B. Les effets de l'offre

19.- L'offre est, en droit belge, un engagement unilatéral de volonté qui, outre son "principal" effet qui est de permettre la formation du contrat lorsqu'elle est rencontrée par une acceptation pure et simple, présente également un effet "propre", indépendant de toute acceptation. L'offre lie en effet juridiquement l'offrant dès qu'elle parvient à son destinataire. Ce second effet, qui n'est pas reconnu dans tous les systèmes juridiques, donne à l'offre une coloration particulière et témoigne de l'originalité du droit belge au regard principalement du principe reçu en France.

p. 34 (qui mentionne l'exigence d'extériorisation comme un élément "caractéristique" de l'offre, mais paraît la lier au possible retrait de celle-ci).

Pour des considérations critiques concernant cette question, v. *infra*, la partie consacrée aux réflexions comparatives, Titre II, chapitre III, n° 53 et sv.

⁴⁴ P. VAN OMMESELAGHE, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1975, p.488, n°39.

⁴⁵ Fr. 't KINT, *o.c.*, p.34.

20.- Acte unilatéral, l'offre oblige ainsi auteur. Cette obligation de maintien demeure cependant distincte des obligations découlant du contrat dont la conclusion est projetée⁴⁶ : la reconnaissance de l'existence de l'offre exige en effet uniquement du pollicitant qu'il maintienne celle-ci dans le délai qu'il fixe ou, à défaut, pendant une durée raisonnable suffisante à permettre à celui qui la reçoit de prendre position (obligation de faire).

1. Force obligatoire de l'offre

21.- Dans la théorie classique défendue par POTHIER⁴⁷ ou LAURENT⁴⁸, l'offre n'était pas contraignante *in se*. Il n'en était autrement que dans l'hypothèse particulière où elle était assortie d'un délai. Cette considération se trouvait justifiée par l'interdépendance naturelle entre l'offre et l'acceptation, la première supposant nécessairement d'être rencontrée par la seconde pour produire des effets de droit.

Cette conception ne reposant sur aucune assise suffisamment stable, elle se vit rapidement mise à mal par un nouveau courant doctrinal affirmant avec fermeté que l'offre produit, par elle-même et indépendamment de toute acceptation, des effets juridiques.

22.- Il est désormais admis en droit belge que l'offre lie toujours celui qui l'a émise⁴⁹, indépendamment de l'attitude adoptée par son destinataire. Ce dernier peut parfaitement ne

⁴⁶ Cass., 16 mars 1989, *Bull. Cass.*, 1989, 737.

⁴⁷ POTHIER, *Œuvres complètes, Nouvelle édition, Traité des obligations*, Tome I, Thomine et Fortic Librairies, Paris, p. 8. Selon ce dernier, *"la pollicitation, aux termes du pur droit naturel, ne produit aucune obligation proprement dite ; et celui qui fait cette promesse peut s'en dédire, tant que cette promesse n'a pas été acceptée par celui à qui elle a été faite : car il ne peut y avoir d'obligation sans un droit qu'acquiert la personne envers qui elle est contractée, contre la personne obligée. Or de même que je ne puis pas par ma seule volonté transférer à quelqu'un un droit sur mes biens, si sa volonté ne concourt pour l'acquérir, de même je ne puis pas par ma promesse accorder à quelqu'un un droit contre ma personne, jusqu'à ce que sa volonté concoure pour l'acquérir, par l'acceptation qu'elle fera de ma promesse"*. L'auteur relève cependant que, dans le droit romain, deux hypothèses admettaient que l'offre soit obligatoire pour celui qui l'émet. C'était le cas lorsqu'un citoyen prenait un engagement envers sa ville (1^{ère} hypothèse) ou lorsque celui qui promet a commencé à exécuter sa promesse (*Ibidem*, p.9).

⁴⁸ F. LAURENT, *Principes de droit civil*, Tome V, 1875, Bruylant-Pedone, Bruxelles-Paris, p. 545, n° 475 selon qui *"Du principe que l'offre non acceptée n'oblige pas celui qui l'a faite suite que le pollicitant peut la rétracter, sans autre raison sinon qu'il a changé de volonté ; sa volonté seule est en jeu, et la volonté de l'homme est ambulatoire ; il n'a à rendre compte à personne de son changement de volonté, car sa volonté n'a donné de droit à personne"*. L'auteur admet cependant que l'équité peut donner *"un délai moral à l'autre partie"* (p. 546, n° 476).

⁴⁹ J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, Bruylant, Bruxelles, Tome III, 1981, p.15 ; P. VAN OMMESLAGHE, *"L'engagement unilatéral en droit belge"*, *J.T.*, 1982, pp.144 et s. ; J. VAN RYN, *"L'engagement par déclaration unilatérale de volonté"*, *J.T.*, 1984, pp.129 et s. ; L. CORNELIS, *"Het aanbod bij het tot stand komen van overeenkomsten"*, *R.D.C.*, 1983, pp.6 et s. ; E. DIRIX et A. VAN OEVELEN, *"Kroniek verbintenissenrecht (1985-1992)"*, *R.W.*, 1992-1993, 1210 ; M. COIPEL, *o.c.*, 1999, pp.41 et suivantes, n°55 et suivants ; S. STIJNS, P. WERY et D. VAN GERVEN, *o.c.*, 1996, p.714, n° 73.

jamais y réserver une suite favorable - en vertu du principe de la liberté de ne pas contracter - ou décider d'y opposer de nouveaux éléments.

23.- Cet effet distingue l'offre du contrat, mais aussi de la promesse unilatérale de contracter⁵⁰. Il va de soi, en effet, que l'offrant ne s'engage pas à exécuter le contrat projeté, mais uniquement à maintenir son offre durant le délai qu'il détermine ou, à défaut, durant un délai raisonnable.

a) *Fondement de la force obligatoire de l'offre*

24.- La doctrine belge est restée longtemps divisée quant au fondement de la force obligatoire de l'offre⁵¹. Il est cependant désormais acquis, et ce depuis un important arrêt de la Cour de cassation du 9 mai 1980⁵², que celle-ci puise sa contrainte dans la théorie de l'engagement unilatéral de volonté. Selon cette théorie, jadis défendue par Henri DE PAGE⁵³, la force contraignante de l'offre découle uniquement du comportement adopté par l'auteur de celle-ci et par la volonté qu'il exprime⁵⁴.

⁵⁰ Fr.'t KINT, *o.c.*, p. 34.

⁵¹ En réalité, trois fondements ont été avancés, tout comme en France, pour justifier cette force contraignante de l'offre : la thèse de l'avant-contrat (C. RENARD, E. VIEUJEAN et Y. HANNEQUART, *Les Nouvelles, Droit civil*, 1957-1958, Tome IV, 1, n° 255), celle de la faute extra-contractuelle (M. COIPEL, "La théorie de l'engagement par volonté unilatérale", *R.C.J.B.*, 1980, pp.65 et suivantes ; R.O. DALCQ, *Les Nouvelles, Droit civil – Traité de la responsabilité civile*, Tome I, n°93 ; A. DE BERSAQUES, "La culpa in contrahendo", *R.C.J.B.*, 1964, p.28), et enfin, celle de l'engagement unilatéral de volonté.

⁵² Cass., 9 mai 1980, *Pas.*, 1980, I, 1127 ; Cass., 16 mars 1989, *Pas.*, 1989, I, 737.

Un arrêt du 18 décembre 1974 (Cass., 18 décembre 1974, *J.T.T.*, 1975, p.53 et *Pas.*, 1975, I, 425 - engagement d'un employeur à verser des primes de fin d'année aux travailleurs) semblait par ailleurs tendre également vers cette voie, mais ne donnait pas le fondement de la sanction.

V. également Cass., 19 février 1970, *Pas.*, 1970, I, 542 (pacte de préférence *intuitu personae*). Pour une jurisprudence plus récente, v. les références citées par L. SIMONT, *o.c.*, 1994, pp. 36 et suivantes).

⁵³ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil*, Tome II, p.513, n°519 ; M. LIMPENS, *La vente en droit belge*, Bruylant, 1960, p. 60, n°66. Selon H. DE PAGE, "l'offre a parfaitement une force obligatoire comme telle, ainsi que le bon sens l'indique".

⁵⁴ X. Dieux a quant à lui proposé de rattacher ce fondement au respect des anticipations légitimes d'autrui (X. DIEUX, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui: essai sur la genèse d'un principe général de droit*, Préface de Michel HANOTIAU; avant-propos de Pierre VAN OMMESLAGHE, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 102-103 ; X. Dieux, "Tendances générales du droit contemporain des contrats", *Colloque Les obligations contractuelles*, *J.B.B.*, 11/2000, p. 19 selon qui "tout s'éclaire, en revanche, si l'on fait du principe de la confiance légitime la pierre de touche des engagements volontaires. La déclaration unilatérale de volonté engage alors son auteur, au même titre que celui qui déclare s'engager contractuellement, parce que de telles déclarations suscitent chez leur destinataire l'expectative légitime qu'elles seront respectées". Selon cet auteur, en effet, la force obligatoire de l'engagement unilatéral réside dans le fait qu'en s'engageant envers autrui, l'on crée dans son chef une attente, légitime, dont le retrait ne pourrait se concevoir que comme une atteinte à la confiance mise dans l'engagement).

25.- Reconnaître à une volonté isolée le pouvoir de lier celui qui l'émet a toujours suscité de nombreuses interrogations auprès des juristes et la Belgique n'a pas échappé à ce débat. Une doctrine particulièrement riche en atteste. Traditionnellement, en effet, admettre à l'engagement unilatéral d'être efficace se heurtait à l'idée que cet engagement devrait en conséquence tout aussi bien pouvoir être retiré. La volonté pourrait ainsi tout autant lier que délier son auteur. Cette critique est séduisante. Si, en effet, la versatilité de celui qui s'engage unilatéralement devait être admise, quelle serait alors la spécificité de la reconnaissance d'une telle source d'obligations ? Elle ne lierait et ne délierait que suivant le bon vouloir de ce dernier et serait de la sorte purement potestative. Plus largement, l'on reste toujours réticent à admettre quelque effet à l'unilatéralisme, particulièrement en droit des contrats où le modèle reste l'accord de deux volontés. Une telle méfiance, que ne connaît pas le droit administratif, n'a plus sa place dans le droit belge actuel, à tout le moins lorsqu'il s'agit de fonder la force obligatoire de l'offre.

L'admission de ce fondement ne s'est cependant pas fait sans mal, d'autant que l'article 1370 du code civil ne le compte pas parmi les sources des obligations. Même si le principe est désormais certain, tout débat n'en est pas pour autant clos. La doctrine est en effet restée hésitante quant aux conditions requises, selon qu'il suffise que la volonté soit certaine et extériorisée⁵⁵, c'est-à-dire qu'elle soit entrée dans le champ social, ou selon qu'il faille en outre qu'elle marque l'adhésion de celui qui l'exprime à une institution préexistante⁵⁶. La première explication semble aujourd'hui préférée par la majorité des auteurs.

V. également L. CORNELIS, "Le dol dans la formation du contrat", note sous Cass., 2 mai 1974, *R.C.J.B.*, 1976, p.39.

M. COIPEL considère quant à lui que les déclarations unilatérales de volonté puisent leur force obligatoire dans "la loi d'honneur" qui "impose de tenir ses promesses". V. M. COIPEL, "La théorie de l'engagement par volonté unilatérale et son intérêt particulier en droit des sociétés", in *Mélanges Pierre. VAN OMMESLAGHE*, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 21

⁵⁵ Cette position était celle de H. DE PAGE. V. également P. VAN OMMESLAGHE, "L'engagement par volonté unilatérale en droit belge", *J.T.*, 1982, p. 144 ; L. SIMONT, "L'engagement unilatéral", in *Les obligations en droit français et en droit belge, Convergences et divergences*, L.G.D.J. – Bruylant, 1994, p. 17 ; S. STIJNS, P. WERY et D. VAN GERVEN, *o.c.*, pp.692 et s. ; M. COIPEL, *o.c.*, p. 26.

⁵⁶ J. VAN RYN, "L'engagement par déclaration unilatérale de volonté", *J.T.*, 1984, p. 129 et "L'engagement par déclaration unilatérale de volonté en droit commercial", *Mélanges J. DABIN*, Tome II, p. 953 ; J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, Tome I, 2^{ème} édition, 1981, n° 24.

V. cependant P. VAN OMMESLAGHE (P. VAN OMMESLAGHE, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1975, p.489, n°39 ; P. VAN OMMESLAGHE, "L'engagement par volonté unilatérale en droit belge", *J.T.*, 1982, pp.144 et suivantes) ; L. SIMONT, "L'engagement unilatéral", *o.c.*, 1994, pp.17 et suivantes ; X. DIEUX, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui, Essai sur la genèse d'un principe général de droit*, Bruylant, L.G.D.J., 1995, pp. 100 et suivantes ; S. STIJNS, P. WERY et D. VAN GERVEN, *o.c.*, 1996, pp. 695 et suivantes ainsi que les références citées.

b) Point de départ de la force obligatoire de l'offre

26.- L'offre acquiert force obligatoire une fois qu'elle parvient à son destinataire⁵⁷ - en vertu de la théorie de la réception -, c'est-à-dire dès le moment où elle "atteint" ce dernier, de sorte qu'il peut en prendre connaissance⁵⁸. À partir de ce moment, elle ne peut plus être valablement révoquée⁵⁹.

c) Durée de la force obligatoire de l'offre

27.- L'offre doit être maintenue durant le délai qu'elle fixe ou, à défaut, pendant un délai suffisant pour permettre à son destinataire de prendre position et d'accepter⁶⁰. La jurisprudence et la doctrine parlent indistinctement dans ce cas de "délai raisonnable"⁶¹, de "délai moral d'acceptation"⁶² ou encore de "délai de validité de l'offre"⁶³, lequel dépend des circonstances de l'espèce et en particulier de la nature de la convention et des usages.

En conséquence, ce n'est que si l'acceptation intervient dans ce délai qu'elle permettra au contrat de se former. Dans le cas contraire, la jurisprudence admet en effet la caducité l'offre et l'inefficacité de l'acceptation.

28.- En réalité, à l'échéance dudit délai, trois situations peuvent se présenter, selon que le destinataire de l'offre a accepté celle-ci - auquel cas le contrat s'est formé au moment où l'acceptation est parvenue à l'offrant -, qu'il l'a rejetée, l'offre devenant dès lors caduque, ou encore qu'il n'ait pas pris position, entraînant alors également la caducité de l'offre.

2. Le retrait de l'offre

⁵⁷ Fr. 't KINT, *o.c.*, p. 34.

⁵⁸ V. notamment Bruxelles, 14 octobre 1987, R.G. 82/1645.

⁵⁹ Mons, 10 décembre 1985, R.G. 180410, *R.D.C.*, 1986, p. 670.

⁶⁰ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, II, n°519-520 ; M. COIPEL, "La théorie de l'engagement par volonté unilatérale", *R.C.J.B.*, 1980, p. 81, n°18 ; L. CORNELIS, "Het aanbod bij het tot stand komen van overeenkomsten", *R.D.C.*, 1983, p. 31 ; Fr.'t KINT, *o.c.*, p.44-46 ; L. CORNELIS, "La responsabilité précontractuelle, conséquence éventuelle du processus précontractuel", *R.G.D.C.*, 1990, p. 394 ; M. COIPEL, *o.c.*, 1999, p.38.

⁶¹ C.T. Liège, 29 juin 1989, *C.D.S.*, 1990, p. 129 ; Bruxelles, 14 octobre 1987, R.G. 82/1645 ; Mons, 10 décembre 1985, *R.D.C.*, 1986, p. 670 ; Mons, 30 janvier 1987, *J.L.M.B.*, 1987, 889. .

⁶² Civ. Liège, 29 octobre 1980, *B.A.*, 1982, pp. 303-306 et obs. ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire*, Tome II, 3^{ÈME} Édition, 1964, p.517, n° 524. Il est curieux de lire qu'un délai peut être "moral". Certainement, l'auteur a-t-il ainsi souhaiter souligner que l'offrant est moralement tenu de maintenir sa proposition pendant un délai raisonnable. Mais une obligation morale est distincte d'une obligation juridique, et c'est pourtant bien de cela qu'il s'agit. En outre, le délai "raisonnable" n'est pas davantage un délai "moral".

⁶³ L. CORNELIS, *o.c.*, *R.G.D.C.*, 1990, p. 409.

a) La "rétractation" de l'offre

29.- La "rétractation" est distincte de la "révocation". La première, en ce qu'elle vise la libération de l'offrant avant que l'offre ne prenne effet, ne soulève guère de difficultés, dans la mesure où, au moment où elle intervient, le destinataire de l'offre ne peut avoir eu connaissance de celle-ci, et ne subit donc aucun dommage du fait du retrait. Ce dernier est dès lors parfaitement valide et ne pourra donner lieu à aucune indemnisation⁶⁴.

b) La "révocation" de l'offre

30.- La doctrine classique⁶⁵ - s'alignant sur l'interprétation française - défendait le principe de la libre révocabilité de l'offre, indépendamment de l'existence ou non d'un délai d'acceptation. Selon celle-ci, en effet, seul l'accord de volonté était susceptible de générer des effets juridiques, alors qu'une volonté isolée ne pouvait être efficace.

Cette conception ne peut plus être reçue si l'on admet que la théorie de l'engagement unilatéral de volonté fonde la force obligatoire de l'offre⁶⁶, privilégiant ainsi la sécurité juridique sur la rapidité des transactions. Dès lors que ce fondement se trouve admis, tout retrait de l'offre ou sa révocation pendant le délai entraînent une responsabilité de l'offrant.

31.- Demeure alors la sensible question de la sanction susceptible d'atteindre la versatilité de l'offrant. Faut-il y appliquer les règles de la responsabilité civile extra-contractuelle, droit commun des actes générateurs de dommages, ou une autre base ? Le choix de la responsabilité contractuelle, soutenu par certains auteurs⁶⁷ et une certaine jurisprudence⁶⁸, conduit à priver la révocation d'effets et à considérer le contrat conclu si une acceptation a été reçue. Pareille conception a été critiquée en ce qu'elle a pour conséquence que l'offrant serait alors tenu de contracter malgré le fait qu'il a manifesté une volonté contraire⁶⁹. Partant de cette

⁶⁴ Civ. Mons, 30 janvier 1987, R.G. 89/3060, et *J.L.M.B.*, 1987, p. 889. V. encore S. STIJNS, P. WERY et D. VAN GERVEN, *o.c.*, *J.T.*, 1996, p.714, n° 73 (et les références citées).

⁶⁵ V. POTHIER et LAURENT, cités *supra*.

⁶⁶ Voir *supra*, Titre II, Chapitre I, n° 19 et sv.

⁶⁷ V. L. CORNELIS, *o.c.*, *R.G.D.C.*, 1990, p. 409, note n°94 et p. 425, n° 32. Comp. Fr. 't KINT, *o.c.*, 1984, 36-38 qui n'accepte cette conséquence que dans l'hypothèse où l'offre mentionnait expressément un délai d'acceptation.

⁶⁸ Mons, 10 décembre 1985, *R.D.C.*, 1986, 671 et note PARMENTIER Cl. ; Bruxelles, 9 mars 1987, *J.P.A.*, 1987, 317.

⁶⁹ Fr. 't KINT, *o.c.*, p. 36.

considération, une partie plus importante de la jurisprudence refuse d'accorder une réparation en nature⁷⁰.

En réalité, deux questions sous-tendent cette problématique, étant entendu que la responsabilité contractuelle ne fait par principe pas obstacle à une réparation par équivalent. Ainsi, si ce fondement nous paraît plus adéquat au regard du principe de la force obligatoire de l'offre, plus délicate est la question de sa sanction. En principe, toute responsabilité, qu'elle soit contractuelle ou extra-contractuelle, implique par préférence une réparation en nature. L'octroi de dommages et intérêts est ainsi limité aux hypothèses où il est impossible, ou abusif, d'imposer au débiteur défaillant de remettre son partenaire dans la situation où il serait demeuré en l'absence de "faute". Rien n'empêcherait dès lors, au regard des principes théoriques applicables, de considérer que dans le cas particulier du retrait de l'offre il est préférable de recourir à une réparation par équivalent. Il reste que cette position s'ajuste plus difficilement au principe de la force contraignante de l'offre. N'est-il en effet pas contradictoire de considérer d'une part que l'offre oblige en elle-même son auteur à la respecter et que l'acceptation conforme de l'offre forme le contrat alors que, d'autre part, on ne tolère que l'octroi d'une somme d'argent, nécessaire impuissante à rétablir la victime dans la situation qui aurait été la sienne en l'absence de retrait de l'offre ?

32.- Quoi qu'il en soit, et dans l'état actuel de la jurisprudence belge, les règles de la responsabilité aquilienne semblent être préférées en cas de retrait intempestif de l'offre⁷¹.

Force est pourtant ici aussi de constater que, d'un point de vue théorique, la responsabilité extra-contractuelle demeure relativement hermétique aux déclarations de volonté, qu'elles soient unilatérales ou bilatérales. On ne perçoit pas parfaitement ce qui justifie, en termes de nature de la sanction, d'appliquer à la méconnaissance des obligations découlant d'une offre, engagement unilatéral, une telle responsabilité, alors que la méconnaissance des obligations découlant du contrat, acte bilatéral, appelle au contraire une application des règles de la responsabilité contractuelle. La jurisprudence reste hésitante et se hasarde rarement à fournir clairement les bases légales sur lesquelles elle entend faire reposer sa décision. Aucune position claire et absolue ne peut de la sorte être dégagée et le régime applicable reste encore à élaborer. C'est qu'appliquer les règles découlant de la responsabilité contractuelle autoriserait, dans un même mouvement, l'exécution forcée de l'engagement et auquel s'est joint une acceptation conforme. Or l'on connaît les réticences actuelles à forcer l'exécution du contrat dès lors qu'une partie a entendu se désister de son engagement antérieur. Quand bien même pourrait-on considérer que, dans le cas particulier du retrait de l'offre, seule une réparation par

⁷⁰ V. références citées par M. COIPEL, *o.c.*, 1999, p.35, note 46.2.

⁷¹ La jurisprudence reste cependant très prudente dans la formulation qu'elle adopte selon L. CORNELIS, "La responsabilité précontractuelle, conséquence éventuelle du processus précontractuel", *R.G.D.C.*, 1990, p. 394, n°4 ; M. COIPEL, "La théorie de l'engagement par volonté unilatérale", *R.C.J.B.*, 1980, 85, n°22 ; Fr. 't KINT, *o.c.*, 1984, 45-46.

équivalent pourrait être accordée, l'on se mettrait de la sorte en porte-à-faux par rapport au principe de la prévalence de l'exécution en nature.

3. La caducité de l'offre

a) Rejet et échéance du délai d'acceptation

33.- Si le destinataire de l'offre refuse celle-ci ou l'accepte moyennant certaines réserves portant sur des éléments essentiels, ceci "met automatiquement fin à sa force obligatoire"⁷². Il en est de même si aucune acceptation n'est parvenue dans le délai ou dans un délai raisonnable⁷³.

34.- L'offre devenue caduque ne peut, en droit belge, renaître de ses cendres. Ainsi, par le rejet de l'offre, son destinataire se prive de la faculté de se raviser. La règle est certaine. Elle se justifie par une volonté, affirmée, de ne pas contraindre indéfiniment l'offrant à maintenir son offre, malgré le rejet de celle-ci, pendant le délai qu'il avait initialement fixé.

Pourtant, d'un point de vue théorique, pareille position ne se concilie pas parfaitement avec la théorie de l'engagement unilatéral de volonté. Si on comprend aisément, dans un système affirmant le caractère obligatoire de la pollicitation, que cette contrainte doive être maintenue pendant une durée minimale, la théorie de l'engagement unilatéral pourrait dicter une solution différente. En effet, à partir du moment où l'on considère que l'offre est en elle-même, et indépendamment du comportement de son destinataire, contraignante pendant une certaine période, elle devrait dès lors pouvoir survivre au refus manifesté, et ce jusqu'à l'échéance qu'elle seule détermine. L'objection, théorique, est pertinente. Elle doit cependant céder face à l'équité et aux nécessités du commerce, lesquelles plaident pour la libération de l'offrant. On ne pourrait en effet légitimement aller jusqu'à exiger de l'offrant qu'il reste soumis au bon vouloir de celui à qui il s'adresse, d'autant qu'il est de la responsabilité de ce dernier d'analyser avec prudence l'offre qui lui a été faite et de ne la rejeter que s'il est certain que telle est sa volonté définitive. À défaut, il lui appartient d'informer l'offrant de ce que certains points lui semblent devoir encore être négociés.

b) Décès du pollicitant ou survenance d'une cause d'incapacité

35.- Certains ont défendu que l'offre puisant sa force obligatoire dans l'engagement unilatéral de volonté, le décès, l'incapacité ou la faillite de celui qui l'a émise la rendaient

⁷² L. CORNELIS, *o.c.*, *R.G.D.C.*, 1990, p. 409 (l'auteur prend cependant soin de préciser que, dans ce cas, les pourparlers ne sont pas immédiatement rompus et que les négociations se poursuivent) citant Bruxelles, 28 avril 1987, *J.L.M.B.*, 1987, 868. *Comp. Fr.* 't KINT, *o.c.*, 1984, 45-46.

⁷³ H. DE PAGE, *Traité élémentaire*, Tome II, 3^{ème} édition, 1964, p.515, n° 521.

caduque⁷⁴. Cette solution paraît logique *a priori*, à tout le moins pour ce qu'il en est de la survenance d'une cause d'incapacité lorsque l'offrant est une personne physique. On perçoit difficilement pour quelle raison, dans la mesure où on accepte, comme c'est le cas en droit belge, qu'un contrat puisse être transmis - que ce soit pour cause de mort ou entre vifs - il devrait en être autrement d'un engagement unilatéral. Le contrat n'est-il pas que la combinaison de deux volontés unilatérales qui se succèdent chronologiquement ? Devrait alors, à notre sens, être seule réservée l'hypothèse particulière d'un contrat *intuitu personae* dans le chef de l'offrant.

J. VAN RYN et J. HEENEN ont également défendu que l'offre doit être "*maintenue en dépit du décès, de l'incapacité ou de la faillite de l'offrant et ce, jusqu'au moment où la réponse du correspondant aurait normalement pu être reçue*"⁷⁵.

III. L'acceptation de l'offre

36.- Sans acceptation, il ne peut y avoir de contrat. Ce n'est en effet que si le contenu de l'offre est rencontré par une volonté concordante *et* que leurs auteurs envisagent avec une même fermeté de joindre leurs destinées que la convention peut être considérée comme conclue⁷⁶.

37.- Les principes de la liberté contractuelle et de la liberté du commerce justifient que le destinataire de l'offre demeure libre d'accepter celle-ci, de la refuser ou d'émettre une nouvelle proposition, distincte de la première par certains éléments essentiels ou accessoires. On ne peut, et sauf dérogations légales, contraindre le destinataire de l'offre à l'accepter⁷⁷. Ce dernier dispose alors de trois possibilités : accepter, refuser ou conditionner son acceptation. Le refus de l'offre émise libèrera celui qui l'avait émise et anéantira toute possibilité de la voir ensuite survivre. Au contraire, son acceptation pure et simple permettra de donner vie à ce qu'elle contenait en germe et rendra bilatérale, et donc plus forte, la volonté unilatérale initialement émise. Quant à l'acceptation sous réserve, celle-ci ne devrait en principe pas faire

⁷⁴ Exposée notamment par H. DE PAGE, *Traité élémentaire*, Tome II, 3^{ème} édition, 1964, p.515.

⁷⁵ J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, Bruylant, Bruxelles, Tome III, 1981, p.16, n° 10 ; Fr. GLANSDORFF, *o.c.*, p. 26, note 77.

⁷⁶ H. DE PAGE, *Traité élémentaire*, Tome II, 3^{ème} Édition, 1964, p.488, n°496 et pp. 515 et suivantes.

⁷⁷ Cass., 13 septembre 1991, R.G. 7015, *Pas.*, 1992, I, p. 33. V. également sur ce point : J.F. ROMAIN, "La liberté de commerce et le refus de contracter", *R.G.D.C.*, 1994, p. 440 ; K. BROECKX, "De autonomie van het belang als toelaatbaarheidsvoorwaarden in hoger beroep", *R.W.*, 1991-1992, p. 882 ; P. VAN OMMESLAGHE, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1986, pp. 33 ; J. STUYCK et B. VAN DE WALLE DE GHELCKE, "Weigering van verkoop en van levering", *T.B.H.*, 1984, 324.

obstacle à la conclusion du contrat sauf si la contradiction qu'elle contient atteint un élément caractéristique du contrat ou déterminant du consentement donné par l'offrant.

A. Forme de l'acceptation

38.- L'acceptation peut tout autant être expresse que tacite⁷⁸. Dans cette dernière hypothèse, le simple silence reste cependant à lui seul inopérant, et ce quand bien même l'offrant aurait pris soin de préciser dans son offre que le défaut de réaction dans le délai déterminé vaut acceptation⁷⁹. Pour valoir acceptation, le silence ou l'inaction devront s'accompagner de circonstances les dépouillant de leur équivocité naturelle⁸⁰. L'on parle alors de "silence circonstancié"⁸¹.

39.- L'exemple classique d'acceptation tacite est celui des relations courantes d'affaires où le silence est souvent interprété comme la manifestation d'un accord dont les termes sont identiques que par le passé⁸². L'on sait en outre qu'entre commerçants en relations d'affaires ou en pourparlers, un usage veut que chacune des parties ne laisse pas l'autre dans

⁷⁸ Cass., 11 décembre 1970, *J.T.*, 1971, p. 382 ; Cass., 17 octobre 1975, *Pas.*, 1976, I, 225. V. également H. DE PAGE, *Traité élémentaire*, Tome II, 3^{ème} édition, 1964, p. 516, n° 523 et p. 531, n° 544 et suivants ; L. HENEBICQ et M.P. WOUTERS, *Les Nouvelles*, IV, n°315 et suivants ; Fr. 't KINT, *o.c.*, pp. 47 et suivantes ; M. COIPEL, *o.c.*, p. 44-45, n°58 ; P. VAN OMMESELAGHE, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1986, pp. 136-137, n°54 ; J. VAN RYN et J. HEENEN, *o.c.*, 1981, p.19, n° 14 ; R. MOUGENOT, *La preuve, Répertoire notarial*, Larcier, 1990, pp. 182-183, n°243-244 ; S. STIJNS, P. WERY et D. VAN GERVEN, *o.c.*, 1996, p.715, n° 75.

⁷⁹ J. VAN RYN et J. HEENEN, *o.c.*, Tome III, p.20, n°14. V. également Cass., 13 septembre 1991, *Pas.*, 1992, I, p. 33.

⁸⁰ Ainsi, ont été considérés comme des silences éloquentes le fait de commencer à exécuter le contrat après la réception d'une commande (Civ. Bruges, 11 octobre 1989, *R.D.C.*, 1991, p.534 et *R.W.*, 1989-1990, 1064-1065 ; Comm. Malines, 25 juin 1999, *R.G.D.C.*, 1999/9, pp. 589 et suivantes ; Bruxelles, 9 juin 1992, *J.L.M.B.*, 1994, p.201 et *R.G.A.R.*, 1994, 12.281 ; Liège, 28 mars 1991, *R.G.* 86/245 et *J.L.M.B.*, 1992, p. 77) ou encore le fait de ne pas protester dans un délai utile suite à la réception d'une facture (Cass., 8 novembre 1991, *R.G.* 7319 ; *T.B.H.*, 1992, p. 134 et *R.W.*, 1991-1992, 988 ; Cass., 3 décembre 1953, *Pas.*, 1954, I, 272 et Cass., 31 mai 1956, *Pas.*, 1956, I, 1049 ; Comm. Malines, 25 juin 1999, *R.G.D.C.*, 1999/9, p. 589 ; Comm. Hasselt, 28 mai 1996, *R.W.*, 1998-1999, 1468 ; Bruxelles, 4 mars 1997, *R.W.*, 1997-1998, 367 ; Comm. Anvers, 6 janvier 1998, *R.W.*, 1999-2000, 443 ; Comm. Bruxelles, 22 octobre 1990, *R.D.C.*, 1991, p. 529 ; Bruxelles, 18 octobre 1984, *Entr. Et Dr.*, 1989, p.111) ou après avoir pris possession de l'ouvrage (Civ. Mons, 16 juin 1999, *Cah. Dr. Imm.*, 2000, Liv. 6, 22).

⁸¹ L. HENEBICQ et M.P. WOUTERS, *Les Nouvelles*, IV, n° 331 et suivants ; H. DE PAGE, *Traité*, L. III, Partie I, p. 516 ; M. COIPEL, *o.c.*, 1999, p. 44 et les références citées en note 58.

⁸² Fr. 't KINT, *o.c.*, p.47 ; M. COIPEL, *o.c.*, 1999, p. 44-45. V. également Cass., 24 septembre 1981, *Pas.*, I, 1982, 143 ; Anvers, 29 septembre 1992, *Dr.eur.Transp.*, 1994, n°3, p.309 ; Comm. Hasselt, 28 mai 1996, *R.W.*, 1998-1999, 1468 ; Comm. Anvers, 6 janvier 1998, *R.W.*, 1999-2000, 443 ; Liège, 28 mars 1991, *J.L.M.B.*, 1992, p.77 ; Liège, 28 mars 1991, *J.L.M.B.*, 1992, p. 77 ; Civ. Neufchâteau, 11 février 1981, *J.T.*, 1981, p. 400). V. Comm. Bruxelles, 11 juillet 1990, *R.D.C.*, 1991, p. 527 ; Comm. Bruxelles, 13 novembre 1990, *R.D.C.*, 1991, n°6, p.544.

l'incertitude en ne répondant pas aux courriers et documents qui lui sont adressés⁸³. En conséquence, l'absence de réaction et/ou de protestation dans un délai "raisonnable" permet de présumer l'acceptation dans la mesure où celui-ci a fondé la légitime confiance de l'autre à croire qu'il en était effectivement ainsi.

40.- Partant de ce principe, la jurisprudence⁸⁴ admet qu'il y a acceptation tacite lorsque le destinataire de l'offre exécute le contrat sans protester ou accomplit des actes présumant son acceptation ou, encore, lorsque l'offre est faite dans son intérêt exclusif. Il s'agit toujours d'une présomption réfragable de consentement – reposant sur un faisceau d'indices graves, précis et concordants (Article 1353 du Code civil) – de sorte que la preuve contraire est reçue. L'autre partie est ainsi toujours admise à prouver que son silence s'explique autrement que par une acceptation⁸⁵.

B. L'acceptation modalisée

41.- Le droit belge, tout comme le droit français, opère une distinction entre les éléments essentiels et accessoires du contrat. En outre, une catégorie intermédiaire regroupe les éléments qui, bien que naturellement accessoires, ont été "essentialisés" par la volonté d'une des parties.

42.- La jurisprudence belge présume que l'acceptation assortie de réserves n'est pas une véritable acceptation et ne forme dès lors pas le contrat⁸⁶, la naissance de ce dernier supposant la conformité matérielle des deux volontés unilatérales qui le composent.

43.- La règle n'est cependant pas absolue. Il est en effet acquis aujourd'hui, et contrairement à ce qui a jadis été prétendu⁸⁷ qu'une adéquation parfaite ne doit pas être exigée. La discordance se limitant à un élément accessoire n'empêche pas la conclusion du contrat⁸⁸.

⁸³ H. DE PAGE, *Traité élémentaire*, Tome II, 3^{ème} Édition, 1964, p. 533, n° 546 ; L. SIMONT, J. DE GAVRE, P.A. FORIERS, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1995, p.114, n°3 ; R. MOUGENOT, *o.c.*, 1990, pp. 182-183, n°244 et les références citées. V. également Cass., 11 décembre 1970, *Pas.*, 1971, I, p. 347 et Cass., 17 octobre 1975, *Pas.*, I, 1976, p. 224 ; Comm. Bruxelles, 24 septembre 1989, *R.D.C.*, 1991, p. 526 ; Comm. Namur, 1^{er} avril 1993, *Entr. et Dr.*, 1995, 153.

⁸⁴ V. *supra*, n° 80.

⁸⁵ R. MOUGENOT, *o.c.*, 1990, p. 182, n°243.

⁸⁶ V. notamment Civ. Nivelles, 9 janvier 1992, *R.G.D.C.*, 1992, p. 264 ; Civ. Tournai, 28 janvier 1987, *R.G.* 89/3060 – *J.L.M.B.*, 1987, p. 887 ; Bruxelles, 28 avril 1987, *J.L.M.B.*, 1987, 868.

⁸⁷ H. DE PAGE, *Traité*, Tome II, n° 496 selon qui "un contrat n'est formé que lorsque les volontés de toutes les parties qui interviennent concordent sur tous les points qui en constituent la matière. Dès l'instant où une seule volonté, ou un seul point, demeure en suspens, le contrat ne se forme pas" ; Liège, 28 octobre 1946, *R.C.J.B.*, 1948, p. 66 et note FALLY ; Bruxelles, 13 novembre 1962, *Pas.*, 1962, II, 288.

⁸⁸ Fr. GLANSDORFF, *o.c.*, p. 27 ; P. VAN OMMESSLAGHE, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1975, p. 491, n°41.

Ce dernier pourra dès lors être considéré comme formé indépendamment du fait que les parties aient renvoyé la détermination d'un élément secondaire à une négociation ultérieure ou à l'intervention d'un tiers ou de l'une d'entre elles. Il est en effet admis que les éventuelles lacunes, quant aux éléments secondaires, pourront également être comblées par référence aux usages ou à la loi⁸⁹.

Il résulte de ces principes que, pour parfaire le contrat, il est uniquement requis que les volontés se rencontrent sur les seuls éléments essentiels ou "substantiels" qui le composent⁹⁰. Ce n'est que si l'acceptation diverge de l'offre sur un de ces points, qu'elle doit être interprétée comme une "contre-offre"⁹¹ qu'il reviendra à l'offrant originaire d'accepter ou de refuser. Dans ce cas, en effet, elle sera en effet soumise aux mêmes règles que celles applicables à l'offre et la liberté de l'offrant originaire est pleine et entière.

44.- Ainsi, en droit belge, la *mirror image rule* n'est pas reçue dans toute sa rigueur⁹². Elle voit son champ d'application cantonné aux seules hypothèses de divergences portant sur les éléments caractéristiques du contrat ou considérés, par une des parties au moins, et à la condition que cette importante soit connue de l'autre, comme déterminants du consentement.

C. Le refus de l'offre

45.- Il se peut encore que le destinataire de l'offre ne souhaite pas conclure le contrat et rejette l'offre qui lui a été faite. Dans ce cas, l'offrant est libéré de tout engagement. Rien ne fait cependant obstacle à ce qu'une nouvelle proposition, émanant cette fois du destinataire de l'offre originaire, suggère les termes d'une nouvelle offre.

La principale conséquence de cette caducité de l'offre rejetée est que le destinataire du rejet ne pourrait revenir sur sa décision et, après réflexion, décider d'accepter l'offre qui lui était faite⁹³.

V. en outre infra : chapitre sur le conflit né de la confrontation de conditions générales contradictoires.

⁸⁹ Fr. 't KINT, *o.c.*, p. 48 et les références citées.

⁹⁰ Dans la conception belge traditionnelle, une conformité complète entre l'offre et l'acceptation a été exigée, en ce compris en ce qui concerne les points accessoires du contrat. V. L. HENEBICQ et M.P. WOUTERS, *Les Nouvelles*, IV, 1957, pp. 103 et suivantes, n° 227-228 et les références jurisprudentielles citées.

⁹¹ S. STIJNS, P. WERY et D. VAN GERVEN, *o.c.*, *J.T.*, 1996, p.715, n° 74.

⁹² V. en outre notre étude sur le conflit de conditions générales, *infra* Titre III, Chapitre I.

⁹³ L. SIMONT, J. DE GAVRE et P.A. FORIERS, *o.c.*, p.136, n°22 citant Bruxelles, 28 avril 1987, *R.D.C.*, 1988, p. 203 et *J.L.M.B.*, 1987, p. 868.

46.- Il va de soi cependant que, pour constituer une nouvelle offre, l'acceptation doit contenir des divergences majeures, attestant ainsi de l'absence d'accord des parties. Tel ne sera par exemple pas le cas si le destinataire de l'offre se borne, dans sa réponse, à inviter le pollicitant à préciser certains termes de sa proposition ou lui demande des informations complémentaires.

D. L'acceptation tardive

47.- Pour former le contrat, l'acceptation doit intervenir alors que l'offre est toujours efficace, c'est-à-dire dans le délai fixé ou, à défaut d'une telle précision, dans un délai raisonnable. Au-delà, elle est tardive et ne pourra recevoir d'effets puisque l'offrant était valablement dégagé de toute obligation⁹⁴.

La règle est stricte, à tout le moins dans toutes les hypothèses où l'offre est assortie d'un délai. Quelle que soit la raison pour laquelle l'acceptation parvient tardivement, et quand bien même ce retard ne serait pas imputable au destinataire de l'offre, il fait obstacle à la conclusion du contrat. Il n'en sera bien entendu autrement que si l'offrant originaire décide d'accepter cette nouvelle proposition et de considérer le contrat comme conclu.

48.- La solution est logiquement moins absolue lorsque l'offre est dépourvue de tout délai d'acceptation. Dans ce cas, en effet, c'est au juge qu'il appartiendra de déterminer si l'acceptation est intervenue ou non dans un délai raisonnable dont il aura préalablement fixé l'étendue. La tentation sera dès lors plus grande d'admettre des solutions d'équité, pour autant qu'elles soient raisonnablement envisageables au regard des faits, et il n'est dès lors pas exclu que l'acceptation retardée par un élément extérieur à la volonté de son auteur puisse néanmoins former le contrat.

IV. Moment et lieu de la formation du contrat

49.- À défaut pour les parties d'avoir réglé cette question, la doctrine et la jurisprudence belges appliquent la théorie de la réception aux contrats formés entre absents⁹⁵. En ce sens, il est posé pour principe que le contrat se forme au lieu et au moment où le pollicitant est en mesure de prendre connaissance de l'acceptation, c'est-à-dire lorsqu'elle lui parvient⁹⁶. Une

⁹⁴ L. CORNELIS, *o.c.*, *R.G.D.C.*, 1990, p. 409 ; Fr. 't KINT, *o.c.*, 1984, 45-46 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire*, Tome II, 3^{ème} édition, 1964, p.515 et suivantes.

⁹⁵ Nous renvoyons également le lecteur à l'étude de Monsieur Etienne MONTERO relative à la formation des contrats informatiques. Voir *infra*, Titre V, Chapitre III.

⁹⁶ Cass., 16 juin 1960, *R.C.J.B.*, 1962, 301 et note J. HEENEN ; Cass., 25 mai 1990, *J.T.*, 1990, p.724 et *R.W.*, 1990-1991, 149 et *Arr. Cass.*, 1990-1991, 1218 ; Cass., 19 juin 1990, *Pas.*, 1990, I, 1182 ; Mons, 10 décembre

connaissance effective de l'acceptation n'est donc pas exigée⁹⁷. Il faut, mais il suffit, que l'offrant ait été en mesure de prendre connaissance de l'acceptation.

La règle demeure supplétive de la volonté de sorte que les parties peuvent y déroger. Il en sera ainsi particulièrement lorsque l'acceptation résulte de l'accomplissement d'un acte d'exécution, auquel cas le contrat se forme au moment où ledit acte est posé⁹⁸.

50.- Certains ont défendu l'idée que, lorsque le contrat se forme par téléphone, le lieu de sa conclusion serait celui où est émise l'acceptation⁹⁹. Cette position n'est cependant pas largement suivie. Tout dépend en effet de savoir si l'on inclut dans la catégorie des contrats entre "absents" l'ensemble des conventions conclues grâce à des modes de communication instantanés et permettant leur conclusion "en temps réel". En tout état de cause, dans cette hypothèse, les exigences de preuve de l'existence de la convention invitent les parties à la prudence et ainsi, à se prémunir contre un revirement de position en adressant à l'autre partie une lettre confirmant la teneur de la conversation téléphonique intervenue.

SECTION 2. DROIT FRANÇAIS

51.- De nombreux points rapprochent les droits belge et français. Si, depuis les années 80, la principale distinction entre les deux systèmes, concernant la phase de formation des conventions, était que, contrairement au droit belge, le droit français persistait à poser le principe de libre révocation de l'offre, force est aujourd'hui de constater que les divergences s'atténuent sous l'impulsion principalement de la jurisprudence. Celle-ci manifeste en effet de plus en plus clairement une volonté d'assurer la sécurité des transactions¹⁰⁰, ce que ne permet pas toujours la reconnaissance de la liberté de l'offrant longtemps ancrée au nom des principes

1985, *R.D.C.*, 1986, p. 670 ; Civ. Huy, 20 janvier 1970, *R.G. M.* 5007, *J.C.B.*, 1970, pp. 597-601 ; Civ. Malines, 16 novembre 1993, *Pas.*, 1993, III, p. 43 ; Civ. Liège, 19 mai 1995, *Pas.*, 1995, III, 13.

Voyez également H. DE PAGE, *Traité élémentaire*, Tome II, 3^{ème} édition, 1964, pp. 527, n° 536 ; P. VAN OMMESLAGHE, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1975, p. 490, n°40 ; M. COIPEL, *o.c.*, p.49, n°61 et les références qu'il cite ; J. VAN RYN et J. HEENEN, *o.c.*, 1981, p. 14 et 28 ; S. STIJNS, P. WERY et D. VAN GERVEN, *o.c.*, *J.T.*, 1996, pp.715-716, n° 80.

⁹⁷ Cass., 19 juin 1990, *Pas.*, 1990, I, 1182 ; Cass., 25 mai 1990, *Pas.*, 1990, I, 1087.

⁹⁸ V. Comm. Anvers, 8 mars 1968, *R.W.*, 1969-1970, col. 1749.

⁹⁹ J. VAN RYN et J. HEENEN, *o.c.*, 1981, p.29 et les références citées n°20.

¹⁰⁰ J. SCHMIDT, "La sanction de la faute précontractuelle", *R.T.D.C.*, 1974, p. 98, note 98.

de l'autonomie des volontés et de la liberté contractuelle¹⁰¹. Il ne fait plus aucun doute aujourd'hui que le principe longtemps affirmé de la révocabilité de l'offre n'est plus le reflet exact de la réalité du droit positif français. De plus en plus, l'émission de l'offre se trouve encadrée juridiquement dès avant que ne s'y joigne l'acceptation, voire indépendamment de celle-ci et le compromis recherché entre les impératifs de liberté et de sécurité cède plus volontiers au profit du second lorsque la justice l'impose.

I. Les principes à la formation des accords

A. Volonté interne versus volonté déclarée

52.- Dans le même sens, au nom de ce souhait de sécurité juridique, la déclaration de volonté est de plus en plus avancée pour justifier certaines règles et, sur ce point, le domaine de la formation des conventions est exemplaire. La règle énoncée à l'article 1156 du Code napoléon, que la Belgique partage avec la France, bien qu'il exprime une doctrine des plus claire en considérant que l'on "*doit, dans les conventions, rechercher quelle a été la commune intention des parties plutôt que de s'arrêter au sens littéral des mots*", connaît dès lors un recul incontestable¹⁰². Principalement parce que la volonté exprimée est un fait social susceptible d'exercer une influence sur la situation d'autrui¹⁰³ et de générer, dans le chef de ce dernier, une confiance légitime qui appelle une protection¹⁰⁴.

53.- En réalité, la reconnaissance du rôle qu'est susceptible de jouer la volonté déclarée n'est pas aussi récente qu'il y paraît¹⁰⁵. Si l'article 1156 du Code civil, qui gouverne

¹⁰¹ G. FARJAT, *Droit privé de l'économie, Théorie des obligations*, Thémis, Droit, Presses Universitaires de France, 1975, p. 51 et suivantes ; V. également J. GHESTIN, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, L.G.D.J., Paris, 1993, p.35 ; R. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté*, Thèse, 1912.

¹⁰² V. M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, Tome VI, *Obligations*, 1^{ère} partie, L.G.D.J., Paris, 1930, p. 120, n° 99 selon qui cependant "*Pour que la volonté des parties puisse engendrer un lien contractuel, il ne suffit pas qu'il y ait de part et d'autre un acte quelconque de volition interne, il faut que la volonté ait pour but immédiat un résultat juridique de nature obligatoire et en outre qu'elle se traduise par une manifestation extérieure suffisante*".

¹⁰³ M. PLANIOL et G. RIPERT, *o.c.*, p. 123, n° 102.

¹⁰⁴ M. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, Thèse dactyl., Paris, 1965, 2 volumes. L'auteur s'inspire également de la thèse défendue par G. GORLA, *Il contratto problemi fondamentali tratti con il metodo comparativo e casistico*, Milan, 2 volumes, 1954. Selon M. ROUHETTE, la force obligatoire des conventions résiderait dans les attentes que sa déclaration a suscitées dans le chef du créancier. V. encore les développements importants du principe de confiance : PATRY, *Le principe de confiance*, Thèse, Genève, 1953 ; A. CHIREZ, *De la confiance en droit contractuel*, Thèse, Nice, 1977 ; J.L. SOURIOUX, "La croyance légitime", *J.C.P.*, 1982, 1, 3058.

¹⁰⁵ Il va de soi, d'une manière plus générale, que toute volonté n'est réellement saisissable que dans le support dans lequel elle se fonde, elle s'extériorise, qu'il s'agisse de manifestations expresses ou tacites. Comme le relevait avec pertinence J. CARBONNIER, *Droit civil, IV, Les obligations*, PUF, 1^{ère} édition, 1956, p. 69 : "*L'essence de la volonté importe, d'ailleurs, moins au droit que son extériorisation. C'est que les phénomènes psychologiques ne*

l'interprétation des conventions, impose au juge de rechercher la "commune intention" des parties, il n'en demeure pas moins que le droit français, tout comme le droit belge, ne repousse pas toute prise en considération des déclarations de volonté. L'opposition traditionnelle entre ces droits et le droit allemand, principal défenseur de la théorie de la déclaration, n'est en effet pas aussi nette. Comme l'affirmait en effet A. RIEG, "il paraît artificiel, à l'heure actuelle, de rechercher la substance de l'acte juridique dans la seule intention, ou dans sa seule déclaration"¹⁰⁶. C'est en effet dans le respect des principes directeurs du droit des contrats que l'éventuel litige devra être résolu¹⁰⁷. Et parmi ceux-ci, l'exigence de justice contractuelle impose que le juge apprécie, dans chaque cas qui lui est soumis, les intérêts légitimes en présence au même titre que toute autre circonstance pertinente.

B. Liberté des négociateurs et responsabilité aquilienne

54.- Il est encore à relever que, tout comme en droit belge, la phase de négociation des accords se caractérise par l'absence de règles légales. La doctrine lui applique le droit commun des obligations, et en particulier la norme générale de bon comportement inscrite à l'article 1382 du code civil. On en déduit que toute faute pourra être sanctionnée s'il apparaît que l'une des parties ne s'est pas conformée aux exigences de bonne foi et de loyauté que les négociations appelaient. Et dans cette appréciation, le rôle croissant que joue, au gré de l'avancement des négociations, l'attention qui sera portée au respect de la "légitime confiance"¹⁰⁸ est indéniable. Dans ce sens, il va de soi que l'émission de l'offre constituera un moment charnière pour les parties dans la mesure où celle-ci témoigne du souhait pour le pollicitant de lier sa destinée à celle de celui à qui il s'adresse. Ce faisant, l'existence même d'une offre pourra servir de critère attestant de l'intensité de la confiance que se doivent désormais les négociateurs¹⁰⁹. Ainsi, (...) *l'obligation générale de bonne foi dans la formation*

sont pas perceptibles directement et ne peuvent être déduits avec quelque certitude que du comportement extérieur de l'homme. Aussi, est-ce la manifestation de volonté du contractant, plus que sa volonté elle-même, qui est l'élément primaire du contrat". Pourtant, l'auteur ajoute ensuite que *"la manifestation extérieure n'a de valeur que par sa confirmité à ce vouloir intime"* (p. 76). Mais de conclure, *"on peut regretter que le code civil, montant en épingle la notion de consentement à l'article 1108, ait encouragé les exagérations psychologiques et détourné les civilistes de l'étude des devoirs concernant l'usage de la parole, qui était une méthode plus objective et plus sociale d'aborder le contrat"* (*Ibidem*, p. 76).

¹⁰⁶ A. RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, L.G.D.J., Paris, 1961, p. 9.

¹⁰⁷ J. GHESTIN, *o.c.*, 1993, p. 346, n° 387. L'auteur relève que, selon les intérêts en cause, devra prévaloir la volonté réelle ou la volonté déclarée. V. sur ce point les pages 347 et suivantes, n° 388 et suivants.

¹⁰⁸ J. SCHMIDT, "La période précontractuelle en droit français", *R.I.D.C.*, 1990, pp. 550-551 ; J. GHESTIN, *o.c.*, 1993, spécialement pp. 260 et suivantes.

¹⁰⁹ J. SCHMIDT, *o.c.*, 1990, p.551, note 30 ; P. JOURDAIN, "Rapport français", in *La bonne foi - Journées Louisianaises - Travaux de l'Association H. CAPITANT*, Tome XLIII, Paris, Litec, 1992, pp. 121 et suivantes.

*des contrats prend un aspect spécifique : elle n'impose point de ne pas rompre les pourparlers mais commande de ne pas y mettre fin lorsque l'on a suscité chez le partenaire la confiance dans la conclusion de l'accord. La recherche d'une faute consistant à tromper la confiance créée devra tenir compte de celle effectivement instaurée dans chaque cas entre les parties*¹¹⁰.

C. Les principes fondamentaux de la formation des accords

55.- D'une manière générale, les principes de base qui sous-tendent le droit des contrats sont identiques à ceux que nous avons dégagés en droit belge. À la liberté contractuelle se joignent le principe du consensualisme et celui de l'autonomie des volontés¹¹¹. Appliqués dans toute leur essence à la phase de formation des accords, ceux-ci autorisent les parties à une discrétion particulièrement large tant en ce qui concerne le choix du contractant, que de la détermination du contenu du lien contractuel en devenir. Mais cette liberté, aussi étendue soit-elle, ne pourra s'exprimer qu'en parfaite adéquation avec les règles de bon comportement qu'imposent la bonne foi et la loyauté contractuelle.

D. Une référence exclusive à l'offre et l'acceptation

56.- Tout comme en droit belge encore, le régime applicable à la formation des conventions s'est érigé autour d'une notion de base, dégagée de l'article 1108 du code civil, qui est celle du consentement¹¹². Pour que la réalité de ce dernier soit admise, il faut que deux ou plusieurs volontés existent *et* qu'elles se rencontrent¹¹³. Le droit français est, tout comme le droit belge, un droit volontariste. Ainsi la formation du contrat est-elle ici aussi construite

¹¹⁰ J. SCHMIDT, *o.c.*, *R.T.D.C.*, 1974, p.54. ; V. également sur l'importance de l'obligation de bonne foi dans la formation des contrats : J. CASEY, note sous Cass. Com., 17 juin 1997, *D.*, 1998, *Jurisprudence*, pp. 210 et suivantes.

¹¹¹ M. PLANIOL et G. RIPERT, *o.c.*, 1930, pp. 17 et suivantes ; Fr. TERRE, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, Paris, 6^{ème} édition, 1996, pp. 23 et s. ; J. GHESTIN, *o.c.*, 1993, pp. 27 et suivantes et pp. 330 et suivantes, n° 363 et suivants.

¹¹² M. PLANIOL et G. RIPERT, *o.c.*, p. 162 et suivantes ; H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et Fr. CHABAS, *Leçons de droit civil, Tome II, Les obligations, Théorie générale*, Ed. Montchrestien, 1998, p. 121-122 ; J. SCHMIDT, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, p. 13 et s., n° 19 ; G. FARJAT, *Droit privé de l'économie, Théorie des obligations*, Thémis, Droit, Presses Universitaires de France, 1975, p. 51 et suivantes.

Cette notion centrale de consentement est dualiste puisqu'elle recouvre tant la volonté de chaque partie et l'accord des volontés (G. FARJAT, *o.c.*, p.107).

¹¹³ Fr. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, Paris, 6^{ème} édition, 1996, p. 87 ; H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et Fr. CHABAS, *o.c.*, 1998, p. 123.

exclusivement autour des notions d'offre et d'acceptation, celles-ci permettant de conceptualiser les volontés internes de chacune des parties.

II. L'offre

57.- La définition réservée à l'offre est identique en droits belge et français. Ainsi, l'offre est-elle définie comme "*une manifestation de volonté unilatérale par laquelle une personne fait connaître son intention de contracter et les conditions essentielles du contrat*"¹¹⁴. Cette sollicitation ne peut, précise J. GHESTIN, conduire à la conclusion du contrat et éventuellement engager la responsabilité de celui qui l'a émise "*qu'à la condition d'être précise, adressée à son destinataire, ferme, et dépourvue d'équivoque, afin d'exprimer un véritable engagement*"¹¹⁵.

A. Notion

1. Définition

58.- Pour être qualifiée d'offre au sens juridique du terme, la proposition émise doit donc, tout comme en droit belge, être ferme, complète et être portée à la connaissance de son destinataire¹¹⁶. Elle peut en outre tout autant être adressée à une personne déterminée ou au public¹¹⁷.

2. Eléments constitutifs de l'offre

¹¹⁴ J. GHESTIN, *o.c.*, 1993, p. 260, n°292 ; V. également B. PETIT, *J-CL. Not-Rép., Contrats et obligations*, Fasc. 3-A, *Consentement* ; J.L. AUBERT, *La notion et le rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, L.G.D.J., 1970, p. 197, n°52 et suivants ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Droit civil, Les obligations*, Cujas, 7^{ème} édition, 1996, n°380 ; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Droit civil, Les obligations*, 2, Litec, 1998, n°58 ; L. BOY, note sous Cass. Fr., 1^{er} juillet 1998, *D., Jur.*, 1999, pp. 170 et suivantes.

¹¹⁵ J. GHESTIN, *o.c.*, p. 261 ; J. SCHMIDT-SALEWSKI, *Droit des contrats*, Jurisprudence française, Litec, Paris, 1989, pp. 9 et suivantes ; G. FARJAT, *o.c.*, p. 116. V. également J. CHABAS, *o.c.*, p.25.

¹¹⁶ J. GHESTIN, *o.c.*, p.260, n°292 ; Fr. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *o.c.*, 1996, p.89.

Il est intéressant de noter sur ce point que la condition de communication n'est pas appréciée en droit belge comme une condition d'existence de l'offre, mais bien comme une condition imposée à son efficacité. V. *supra*. V. également nos considérations critiques, *infra*, titre II, Chapitre III, n° 53 et sv.

¹¹⁷ J. GHESTIN, *o.c.*, p. 265, n° 297 et les nombreuses références citées.

V. notamment Cass.Fr., 28 novembre 1968, *Bull. III*, n° 507 où la haute juridiction s'exprime en ces termes : "*l'offre faite au public lie le pollicitant à l'égard du premier acceptant dans les mêmes conditions que l'offre faite à personne déterminée*".

59.- Quant à la *fermeté*, cette exigence reçoit en droit français un contenu identique à celui que lui réserve le droit belge. L'important est ici aussi que l'on puisse déduire de la proposition émise la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation¹¹⁸, que celle-ci soit exprimée ou soit tacite. En ce sens, par exemple, ne pourra être qualifiée d'offre au sens juridique du terme la proposition adressée à une personne et qui a été suivie d'autres propositions différentes et inconciliables entre elles¹¹⁹ ou encore celle qui se trouve assortie de réserves telles que l'engagement paraît douteux¹²⁰. D'une manière générale, l'on pourrait considérer que la qualification d'offre devrait être repoussée dès lors que les réserves que renferme la proposition permettent à son auteur de se dégager arbitrairement¹²¹.

60.- Il a été admis que le fait, pour un commerçant, d'exposer des marchandises avec indication de leur prix pouvait être interprété comme une offre tacite, de même que le fait de placer, dans un endroit public, un distributeur ou un téléphone automatique ou encore de garer un véhicule dans une aire de stationnement destinée uniquement aux taxis¹²². Bien que plus hésitante dans un premier temps, la jurisprudence regarde aujourd'hui également l'envoi de tarifs ou de prix courants comme des offres dès lors que les éléments essentiels du contrats s'y trouvent précisés¹²³.

61.- Tout comme en droit belge encore, l'offre assortie de réserves reste en principe une offre au sens juridique du terme. Simplement, elle n'obligera l'offrant que dans les limites des réserves qu'il a émises¹²⁴ et à la condition que ces réserves ne la dépouillent pas de toute fermeté¹²⁵.

¹¹⁸ Cass. Fr., 6 mars 1990, *D.* 1991, *Somm. Comm.*, p. 317 et note J.L. AUBERT ; J. SCHMIDT, *o.c.*, 1982, p.22, n° 42 et suivants. H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et Fr. CHABAS, *o.c.*, 1998, p. 124 ; Fr. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *o.c.*, 1996, p.90-91, n°104.

¹¹⁹ Cass. Fr., 18 juillet 1967, *Bull. civ.*, I, n° 268 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Traité de droit civil, Les obligations*, 2^{ème} édition, Tome I, *Les sources*, 1988, p. 103.

¹²⁰ J. SCHMIDT-SALEWSKI, *o.c.*, 1989, p. 10, n° 9 reproduisant notamment le texte des arrêts rendus par la Cour de cassation du 3 juillet 1984 (pourvoi n°82-15.843, *inédit*) et la Cour d'appel de Lyon du 16 mai 1928 (*S.*, 1928, 135).

¹²¹ J. GHESTIN, *o.c.*, p.263, n° 295 et les références citées.

¹²² H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et Fr. CHABAS, *o.c.*, 1998, p. 124 et les références citées. V. également Cass. Civ. 28 novembre 1968, *Bull. Civ.*, III, 389.

¹²³ H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et Fr. CHABAS, *o.c.*, 1998, p. 125 et les nombreuses références citées. V. également J. SCHMIDT, *o.c.*, 1982, pp.46 et suivantes et, en particulier, n° 120 et suivants.

¹²⁴ J. SCHMIDT, *Négociation et conclusion des contrats*, Dalloz, 1982, n° 44 ; L. BOY, *o.c.*, p. 171. V. également B. CELICE, *Les réserves et le non-vouloir dans les actes juridiques*, Thèse, Paris, 1968, LGDJ.

¹²⁵ V. notamment H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et Fr. CHABAS, *o.c.*, 1998, p.126, n° 133 et les références citées ; J. SCHMIDT, *o.c.*, 1982, pp. 22 et suivantes.

62.- L'adjonction à l'offre de réserves implicites a suscité, en droit français, un contentieux relativement abondant. La Cour de cassation française manifeste une rigueur certaine, préférant sauvegarder la sécurité des transactions. On en trouve un bel exemple dans un arrêt récent rendu le 1^{er} juillet 1998¹²⁶. En l'espèce, une commune avait émis une offre de vente de terrains situés sur son territoire, offre qu'avait acceptée un couple résidant dans la commune. Cependant, et malgré cette acceptation, la commune avait vendu à d'autres personnes. Le couple décida d'assigner la commune en exécution de la vente qu'ils considéraient comme valablement conclue, leur acceptation ayant rencontré l'offre dans le délai prévu. Les juridictions de fond ne reçurent pas leurs prétentions, aux motifs qu'ils ne pouvaient ignorer la volonté de la commune de ne vendre qu'afin d'attirer sur son territoire de nouveaux habitants. La Cour de cassation censure cependant cette décision. Selon elle, la volonté des parties s'était bien rencontrée sur les éléments essentiels de la vente, à savoir la chose et le prix (article 1583 du code civil), de sorte que le contrat était valablement formé avec les premiers acceptants, soit le couple demandeur. Ce faisant, la haute juridiction a donc écarté la réserve implicite à laquelle les juridictions de fond avaient accepté de donner effet.

La portée de l'arrêt du 1^{er} juillet 1998 est importante et ce à deux titres principalement. Tout d'abord, cette décision présente l'intérêt certain de cantonner dans des limites strictes la faculté accordée à une partie d'opposer à l'autre des réserves subjectives qu'elle n'a pas expressément portées à sa connaissance. Selon la Cour de cassation, en effet, de telles réserves, dès lors qu'elles ne se déduisent pas de la nature des choses, de la convention ou des usages, ne seront admises et ne recevront effet que si elles sont expresse. Outre des avantages certains sous un angle probatoire, cette position permet également de favoriser la position du destinataire de l'offre lorsque celui-ci se trouve dans l'impossibilité d'établir que la réserve émise était illicite ou discriminatoire¹²⁷. Mais la portée de la décision va plus loin. En considérant que l'acceptation étant intervenue dans le délai, elle a permis la conclusion du contrat, la Cour de cassation paraît admettre que l'offre revêt une force contraignante pour celui qui l'a émise. Et, dans un même mouvement, se trouve consacrée la portée que peut revêtir, dans le cadre de la formation des conventions, la volonté déclarée¹²⁸.

63.- L'exigence de fermeté justifie encore que l'on refuse toute qualification d'offre aux envois publicitaires ne la rencontrant pas. Dès lors que, *a contrario*, de tels documents peuvent être lus comme suffisamment précis et comme manifestant une volonté définitive de

¹²⁶ Cass. Fr. civ., 1^{er} juillet 1998, *D., Jur.*, 1999, p. 170 et note L. BOY.

¹²⁷ En ce sens : L. BOY, *o.c.*, 1999, p. 171.

¹²⁸ En ce sens : L. BOY, *o.c.*, 1999, p. 171.

conclure le contrat, une solution inverse sera admise¹²⁹. La jurisprudence récente de la Cour de cassation de France abonde également dans ce sens, au nom du respect dû aux attentes légitimes d'autrui. Cette dernière atteste ce faisant d'une volonté croissante de sanctionner certains comportements plus que douteux et de contraindre les professionnels au respect d'une certaine déontologie. La valeur contractuelle ainsi reconnue aux documents publicitaires témoigne à suffisance de cette tendance réelle en jurisprudence¹³⁰.

64.- C'est, au même titre que la fermeté, la précision de l'offre qui permettra de la distinguer de la simple proposition de négocier¹³¹. L'offre doit en effet être complète en ce sens qu'elle doit préciser les éléments essentiels¹³² et substantiels¹³³ de la convention projetée. L'offre doit nécessairement se présenter "*sous la forme d'un projet complet de contrat*"¹³⁴. Dans le même sens, une proposition qui demeure équivoque quant à un élément essentiel ne peut être qualifiée d'offre¹³⁵.

¹²⁹ F. LABARTHE, *La notion de document contractuel*, Thèse, Paris I, L.G.D.J., 1994 et préface de J. GHESTIN, spécialement pp. 106 et suivantes ; J. GHESTIN, *o.c.*, 1993, pp. 369 et suivantes, n° 412.

¹³⁰ V. Cass. Civ., 17 juillet 1997, *CHAVEAU/BARCLAYS BAIL et Autres*, *R.J.D.A.*, 1998, n°6, p.10 cité par J. MESTRE, "La force contractuelle de certains documents publicitaires", *R.T.D.C.*, 1998, pp. 363 et suivantes ; Cass. Comm., 17 juin 1997, *Bull.civ.*, IV, n°195, p. 170 cité par J. MESTRE, "La force contractuelle de certains documents publicitaires", *R.T.D.C.*, 1998, p.364 ; Cass. Com. 22 octobre 1996, *R.T.D.C.*, 1997, 418 (arrêt Chronopost) ; Cass. Com., 25 novembre 1997, *C.C.C.*, 1998, n°43 et obs. LEVENEUR.

¹³¹ Cass. req., 29 avril 1903, *DP*, 1904, 1, p. 135 et note PLANIOL ; Cass. soc., 17 mai 1979, *Bull. civ.*, IV, n° 424. V. J. GHESTIN, *o.c.*, pp. 284 et suivantes, n° 320 et suivants ; J. SCHMIDT-SALEWSKI, *o.c.*, 1989, p. 12 et suivantes (ainsi que les décisions publiées et particulièrement l'arrêt rendu le 19 octobre 1983 par la Cour de cassation - pourvoi n°82/480) ; H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et Fr. CHABAS, *o.c.*, 1998, pp. 124-125 ; J. SCHMIDT, *o.c.*, 1982, pp.37 et suivantes.

¹³² Selon J. GHESTIN, "*dans chaque contrat réalisant un échange, l'essentiel est constitué par la détermination des prestations qui se servent mutuellement de contreparties*"(*D.*, 1983, 307). Il s'agit donc des éléments qui constituent l'essence même de la convention projetée ou des "éléments qui impriment à un contrat sa coloration propre et en l'absence desquels ce dernier ne peut être caractérisé" (POTHIER, *Œuvres complètes, Traité des obligations*, 1^{ère} Partie, p. 6, n° 6 et suivants).

V. également Cass. Fr. civ., 24 novembre 1998, *D.*, *Somm.*, 1999, p. 110 et note Ph. DELEBECQUE "L'offre préférentielle : une offre régie par le droit commun"; Ch. LAVABRE, "Éléments essentiels et obligations fondamentales du contrat", *R.J.D.A.*, 4/97, Etude et doctrine, *Chron.*, pp. 291 et suivantes ; J. MESTRE, "Le renouvellement du contrat suppose lui-même un accord sur les éléments essentiels", *R.T.D.Civ.*, 1999, p. 398.

V. Requ., 1^{er} décembre 1885 reproduit in Fr. TERRE et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Dalloz, 1991, p. 339 et suivantes avec observations ; Cass. Fr., 23 mai 1979, *D.*, 1979, p. 488 ; Cass. Fr., 12 janvier 1978, *Gaz. Pal.*, 4 mai 1978 ; Cass. Fr., 27 juin 1973, *Bull. Civ.* III, p. 324, n° 446.

¹³³ Cass.Fr., 2 mai 1978, *D.*, 1979, I, 317.

¹³⁴ J. GHESTIN, *o.c.*, p. 262, n° 293.

¹³⁵ J. SCHMIDT-SALEWSKI, *o.c.*, 1989, p. 14 reprenant la décision rendue par la Cour de cassation française le 5 juin 1985, pourvoi n°84-12.622.

65.- Si la détermination des marchandises n'a guère suscité d'interrogations, l'on sait qu'il n'en fut pas de même, si l'on prend l'exemple de la vente, de la détermination du prix¹³⁶. L'article 1583 du code civil précise en effet que celle-ci est "*parfaite entre les parties et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé*".

À partir de cette disposition, ou des articles 1591¹³⁷ et 1129 du code civil¹³⁸, la Cour de cassation française a, jusqu'en 1994, maintenu une position particulièrement rigoureuse. Elevé au rang d'élément constitutif du contrat, le prix, s'il n'était pas établi par référence à des critères objectifs, était susceptible d'entraîner l'annulation - qui plus est absolue¹⁴⁰ - du contrat. En outre, selon la haute juridiction, la détermination ne pouvait être abandonnée à la discrétion d'une partie¹⁴¹. Seule demeurait admissible une détermination objective des prix, ce que ne permettait pas, selon elle, la clause de prix du marché, la clause de l'offre concurrente ou la clause de prix catalogue.

Cette sévérité excessive de la haute juridiction française, empreinte d'une volonté affirmée de moralisation et de protection du plus faible, fut vivement critiquée par la doctrine¹⁴². Si elle s'accommodait probablement d'un ordre juridique où la vente était essentiellement perçue comme une relation entre un commerçant et un consommateur, partie plus faible à protéger, elle s'ajustait plus difficilement à l'inflation que ceux-ci connaissent de nos jours. Le respect strict de la foi contractuelle et cette conception fort rigide de l'office du juge, conçu comme un simple organe d'application de la loi, et non comme un modérateur des conflits, attestaient d'un idéalisme juridique qui ne pouvait désormais plus rencontrer la pratique. La sanction de nullité qui en résultait était en outre trop paralysante pour la vie des affaires, de nombreux contrats étant voués à l'anéantissement.

¹³⁶ V. notamment J. GHESTIN, *o.c.*, 1993, pp.285-287.

¹³⁷ Selon cette disposition, "*le prix de la vente doit être déterminé et désigné par les parties*".

¹³⁸ Selon l'article 1129 du Code civil, inséré dans le chapitre relatif aux conditions de validité de tout contrat, "*il faut que l'obligation ait pour objet une chose au moins déterminée quant à son espèce*".

¹³⁹ V. C. MOULY, *o.c.*, 1990, p.74 et suivantes ; I. CORBISIER, "La détermination du prix dans les contrats commerciaux portant vente de marchandises, réflexions comparatives", *Rev. Intern. Dr. Comparé*, 1988, pp.767 et suivantes.

¹⁴⁰ La doctrine a par ailleurs longtemps critiqué cette nullité absolue, entachant l'ensemble du contrat, et proposa, à tout le moins, d'y substituer une nullité relative, seuls des intérêts particuliers étant en jeu (Ph. MALAURIE et L. AYNES, *o.c.*, p.156, n°218 ; J. GHESTIN et B. DESCHE, *o.c.*, p.465, n°398 ; B. GROSS et P. BIHR, *o.c.*, p.141 et les références citées) et ce d'autant plus que cette nullité absolue faisait obstacle à ce que le juge supplée aux carences du contrat en faisant, par exemple, procéder à une expertise.

¹⁴¹ J. GHESTIN, *o.c.*, n°165.

¹⁴² V. notamment B. BERLIOZ-HOUIN et G. BERLIOZ, "Le droit des contrats face à l'évolution économique", in *Etudes offertes à Roger HOUIN, Problèmes d'actualité posés par les entreprises*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 24, ainsi que les références citées *infra*.

Un assouplissement s'est manifesté, dans un premier temps, principalement sous l'impulsion des juridictions de fond, lesquelles prirent le parti de ne sanctionner que les contrats où la fixation du prix était délaissée à l'arbitraire d'une partie. Seule était ainsi exclue la détermination unilatérale et potestative du prix¹⁴³. Ceci avait notamment cautionné le fait que les parties renvoient au prix du marché – pour autant qu'existe un cours objectif pour les marchandises faisant l'objet de la vente et que la détermination du jour de livraison (s'il s'agit de celui fixant le cours du marché) ne soit pas laissé à la volonté unilatérale du vendeur¹⁴⁴ – ou, bien que cela soit rare, au prix catalogue au jour de la livraison (clause dite de "tarif fournisseur")¹⁴⁵.

Acculée de toutes parts, la Cour de cassation française est alors revenue sur sa jurisprudence par d'importants arrêts rendus les 29 novembre 1994¹⁴⁶ et 1^{er} décembre 1995¹⁴⁷. Ce faisant, elle se rapprochait des autres pays romanistes où, depuis toujours, une plus grande souplesse était autorisée¹⁴⁸. La haute juridiction abandonna alors toute référence à l'article 1129 du code civil

¹⁴³ V. les références citées par V. FORTIER, "Le prix dans la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises : les articles 14 et 55", *J.D.I.*, 1990, p.382 ; J.P. PLANTARD, "Un nouveau droit uniforme de la vente internationale : la Convention des Nations Unies du 11 avril 1980", *J.D.I.*, 1988, p.348

¹⁴⁴ B. GROSS et P. BIHR, *o.c.*, p.138 ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, *o.c.*, 1995-1996, p.155, n°207.

¹⁴⁵ B. GROSS et P. BIHR, *o.c.*, p.138 et les références citées.

¹⁴⁶ V. encore Civ. 29 novembre 1994, 2 arrêts, B.I, n°348 cité par Ph. MALAURIE et L. AYNES, *o.c.*, 1995-1996, p.155, n°208, et les références doctrinales citées à la note 21. J. GHESTIN, "Arrêts ALCATEL : revirement de jurisprudence en matière de nullité pour indétermination du prix", *J.C.P.*, Ed., G 1995 II, 22.371 ; D. 1995, 122 avec note L. AYNES ; *J.C.P.* Ed. E, 1995 II, 662 et obs. LEVENEUR.

¹⁴⁷ Cass. Fr. (Ass. Plén.), 1^{er} décembre 1995, *D.*, *Jur.*, 1996, pp. 13 et suivantes avec les conclusions de M. M. JOEL, Premier Avocat Général et note L. AYNES ; *JCP Ed. G* 1996, II, 22.565 et note J. GHESTIN ; *R.J.D.A.*, 1/1996 et note M.A. FRISON-ROCHE ; *C.C.C.*, janvier 1996 et note LEVENEUR ; C. JAMIN, "Réseaux intégrés de distribution : de l'abandon de la détermination du prix au contrôle des pratiques abusives", *J.C.P. Ed. G* 1996, I, 3959 ; L. FINEL, "Les règles relatives à la détermination du prix et le contrat de prêt bancaire", *J.C.P. Ed. G* 1996, I, 3957 ; J. GHESTIN, "La notion de contrat-cadre et les enjeux théoriques et pratiques qui s'y attachent", in *Le contrat-cadre de distribution, Enjeux et perspectives, Actes du colloque tenu les 11 et 12 décembre 1996*, CREDA, *Sem.Jur.*, Ed. Entreprise (supplément 3/4 du n° 31-35 du 31 juillet 1997), <http://www.ccip.fr/creda.p.27> ; A. BRUNET et A. GHOZI, "La jurisprudence de l'Assemblée plénière sur le prix du point de vue de la théorie du contrat", *D.*, 1998, *Chron.*, pp. 1 et suivantes ; L. AYNES, "La question de la détermination du prix", in *Le contrat-cadre de distribution, Enjeux et perspectives, Actes du colloque tenu les 11 et 12 décembre 1996*, CREDA, *Sem.Jur.*, Ed. Entreprise (supplément 3/4 du n° 31-35 du 31 juillet 1997), <http://www.ccip.fr/creda.p.42> et suivantes.

¹⁴⁸ Notons que, malgré un texte identique à celui applicable en droit français, la doctrine et la jurisprudence belges ont toujours fait preuve d'une souplesse plus accentuée dans l'appréciation de la réalité du prix. Ce qui est certain, c'est que, tout comme en France, et dans la mesure où le prix constitue la contrepartie du transfert de la propriété, il doit exister. "Sans prix, il n'y a pas de vente" (H. DE PAGE, *La vente, Traité élémentaire de droit civil belge*, Tome IV, Volume I, Bruylant, Bruxelles, 1997, p.85 mise à jour par Madame A. MEINBRTZHZAGEN-LIMPENS). Il reste que si le prix est certain, c'est-à-dire, au minimum, déterminable au regard d'éléments objectifs connus au moment où s'échangent les volontés constitutives du contrat, ce dernier sera parfait. Il suffit que le prix ne soit pas laissé à la discrétion d'une partie contractante (H. DE PAGE, *La vente, o.c.*, p.89). Cette

en termes de validité du contrat et admit que le prix ne doive plus nécessairement être déterminé ou déterminable au moment de la conclusion du contrat, sauf lorsqu'un texte spécial l'impose. Toujours sous réserve que la loi n'en dispose autrement, le contrat ne doit donc pas toujours comporter de mécanisme de détermination du prix, cette question étant reléguée à la phase d'exécution où les exigences de bonne foi, et les sanctions découlant principalement de la théorie de l'abus de droit¹⁴⁹, permettront de contrer toute situation dommageable ou déséquilibrée.

Nous ne pouvons qu'acquiescer pleinement à la position actuelle de la Cour de cassation française. Celle-ci rejoint le cheminement plus ancien qu'ont fait les autres droits continentaux qui, sans aller jusqu'à un libéralisme aussi étendu qu'en droit anglo-américain, se montrent plus favorables au développement de l'économie, mais également, à notre estime, plus respectueux de la volonté des parties. Cette ouverture garantit en outre une meilleure conciliation du juste et de l'utile¹⁵⁰.

66.- Enfin, l'offre doit être adressée à son destinataire lorsque celui-ci est déterminé ou à tout le moins extériorisée si elle est faite au public¹⁵¹.

3. Forme de l'offre

67.- S'il est certain que l'offre doit être extériorisée¹⁵², cette exigence est cependant rencontrée assez souplement. Sauf disposition légale contraire, aucune formalité particulière ne doit en effet être accomplie par l'offrant pour que sa proposition soit qualifiée de telle.

position semble également être celle du tribunal fédéral suisse (TF, 15 septembre 1993, ATF 119 II 347 ; SJ 1994, p. 159 et *Droit du bail*, Neuchâtel, 1994/6, pp. 5-6 et note P. WESSNER.

En Allemagne également, l'absence de fixation du prix n'est pas une cause de nullité de la convention (Fr. ADAMI, "Les contrats 'open price' dans la Convention des nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises", *R.D.A.I.*, 1989/2, p.108) pour autant que le prix soit déterminable, ce qui peut notamment être le cas lorsque cette fixation est laissée à l'appréciation du cocontractant ou d'un tiers (M. STRAUCH et C.W. NEUMANN, "La détermination du prix et des autres prestations en droit allemand des contrats", *D.P.C.I.*, 1980, t.2, p.133 ; Cl. WITZ, *o.c.*, p.133, n°143). Le prix pourrait également être valablement déterminé par référence au prix de la bourse (§ 285 BGB), à celui du marché (§ 453 BGB), ou encore, à défaut, au prix de liste.

¹⁴⁹ Pour des applications récentes, v. les arrêts rendus par la Cour d'appel de Versailles le 27 janvier 2000 (*B.R.D.A.* 10/00, p.7) et la Cour d'appel de Paris le 19 mai 2000 tous deux cités par J. MESTRE et B. FAGES, "Jurisprudence française en matière de droit civil, Obligations et contrats spéciaux", *R.T.D.Civ.*, 2000, pp. 570-571.

¹⁵⁰ J. GHESTIN, *o.c.*, *CREDA*, pp. 27 et suivantes.

¹⁵¹ Fr. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *o.c.*, 1996, p.92.

¹⁵² Fr. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *o.c.*, 1996, p.91, n° 107. Selon ces auteurs, il s'agit d'une caractéristique de l'offre, et non d'un de ses éléments constitutifs.

68.- L'offre expresse, c'est-à-dire l'offre verbale ou écrite, ne suscite guère de difficulté. Elle existe et, par nature même, être extériorisée, entrée dans le champ social¹⁵³. Seule demeure la question de l'interprétation de ses termes. Il en va différemment de l'acceptation d'une offre "tacite". La question demeure en effet plus délicate. L'offre tacite, entendue comme celle qui se déduit du comportement de son auteur, a été admise, notamment dans le cas - classique - de l'exposition de marchandises avec indication de leur prix¹⁵⁴ ou du stationnement d'un véhicule dans un emplacement réservé à l'embarquement de passagers¹⁵⁵, voire encore du placement d'un distributeur automatique de denrée alimentaires¹⁵⁶.

69.- Mais au-delà de cette hypothèse, la doctrine semble rester divisée quant à l'admission inconditionnelle de telles offres¹⁵⁷ ou quant à la subordination de celle-ci à une exigence complémentaire particulière les rendant exceptionnelles¹⁵⁸. Selon cette dernière tendance doctrinale, l'offre tacite ne devrait être admise qu'exceptionnellement et dans les seuls cas où sa réalité paraît objectivement incontestable. Il en sera ainsi, notamment, lorsqu'un conducteur de taxi stationne son véhicule professionnel sur un emplacement spécial ou encore lorsque les marchandises sont exposées dans l'étalage d'un magasin. Dans ces hypothèses, en effet, aucun doute ne peut exister quant à la volonté du conducteur ou du vendeur de proposer la conclusion d'un contrat.

70.- Quoi qu'il en soit, il ne fait aucun doute que la forme que l'offre revêt n'en est pas un élément caractéristique et qu'ainsi, son existence pourrait valablement se déduire d'un

¹⁵³ J. GHESTIN, *o.c.*, p. 261, n° 292 et p. 262, n°294 selon qui "l'offre doit être déclarée ; l'offre nécessite des faits extérieurs, sensibles".

H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et Fr. CHABAS, *o.c.*, 1998, p. 123 selon qui, "notre droit positif, qu'il considère la volonté interne comme nécessaire, exige cependant que cette volonté, pour produire effet, se manifeste, s'extériorise ; elle doit démontrer, affirmer son existence ; par cette manifestation, elle cesse d'être une pure démarche de l'esprit pour pénétrer sur le plan social".

¹⁵⁴ M. PLANIOL et G. RIPERT, *o.c.*, 1930, p. 129, n° 106 citant notamment Trib. Comm. Seine, 28 mai 1921, *D.*, 1923, 2, p. 152 ; Fr. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *o.c.*, 1996, p.92, n° 107.

¹⁵⁵ Cass. Fr., 2 décembre 1969, *Bull. Civ.*, I, p. 303, n° 381.

Notons que J. GHESTIN voit dans ces situations de véritables offres tacites. Il les distingue cependant des hypothèses où n'existe qu'une présomption d'acquiescement parce que l'acte posé n'est pas le signe d'une intention, mais en est simplement un indice. Tel sera le cas de la présomption d'acceptation qui peut être déduite du fait pour un passager de monter dans un bus ou dans un taxi en stationnement. Pour la nuance entre des ceux hypothèses, v. J. GHESTIN, *o.c.*, 1993, p. 353, n° 398.

¹⁵⁶ M. PLANIOL et R. RIPERT, *o.c.*, p. 129, n° 106 ; Fr. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *o.c.*, 1996, p.92, n° 107 et les références citées.

¹⁵⁷ V. notamment M. PLANIOL et G. RIPERT, *o.c.*, p. 129, n° 106 ; C. LARROUMET, *Droit civil*, Tome III, 1990, p. 225, n°44 et H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, Tome II, Volume I, *Obligations, Théorie générale*, 1991, p. 119.

¹⁵⁸ J. CARBONNIER, *Les obligations*, p. 77, n°35.

comportement auquel les usages confèrent une telle signification¹⁵⁹ ou de la poursuite de relations courantes d'affaires¹⁶⁰. Seul importe la nécessité de sa certitude¹⁶¹.

B. Les effets de l'offre

71.- "Avant son acceptation, l'offre constitue à tout le moins, un fait, dont le droit doit tenir compte. Il convient alors de préciser dans quelle mesure ce fait volontaire reste soumis à la volonté de son auteur, autrement dit les conditions dans lesquelles peut avoir lieu la révocation de l'offre"¹⁶².

1. Le principe : L'absence de force obligatoire

72.- Selon une partie de la doctrine et de la jurisprudence françaises, prenant appui sur un ancien arrêt de la Cour de cassation de 1919¹⁶³, l'offre étant par nature révocable, elle est dépourvue de toute force obligatoire¹⁶⁴. La liberté contractuelle constitue le principe, de sorte que ce n'est qu'exceptionnellement que l'on peut être tenu durant la phase précédant la formation de l'accord.

73.- La jurisprudence plus récente, renforcée par une doctrine de plus en plus affirmée, nuance cependant à ce point ce principe que l'on est en droit de s'interroger sur son adéquation au droit positif français¹⁶⁵. Il ressort en effet des décisions rendues que les impératifs de

¹⁵⁹ J. SCHMIDT-SALEWSKI, *o.c.*, 1989, p. 15, n°11 et les décisions publiées *in extenso*. L'on retiendra en particulier l'arrêt de la Cour de cassation du 2 décembre 1969 (*D.*, 1970, 104 et note G.C.M.). Selon la Cour, "Mais attendu que la formation du contrat de transport résulte de l'offre du transporteur et de l'acceptation du voyageur ; que les juges d'appel, qui apprécient souverainement la volonté des parties de conclure une convention, relèvent, d'une part, que le simple fait de laisser une voiture de place en stationnement dans un emplacement réservé, gaine du compteur non mise et chauffeur au volant, constitue une offre, et d'autre part, que dame Jean Jacques avait manifesté son intention de prendre place dans le taxi, en ouvrant la portière, "geste non équivoque" ; qu'ainsi, le premier moyen doit être écarté".

¹⁶⁰ J. SCHMIDT-SALEWSKI, *o.c.*, 1989, p. 16 et les décisions citées.

¹⁶¹ M. PLANIOL et G. RIPERT, *o.c.*, p. 130, n° 106.

¹⁶² J. GHESTIN, *o.c.*, p.270, n° 302.

¹⁶³ Cass. Fr., 3 février 1919, *DP*, 1923, 1, p. 126. V. également Cass.civ., 12 janvier 1984, *Bull. civ.*, I, n°193.

¹⁶⁴ Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Droit civil, Les obligations*, 1996, n°221 ; BENABENT, *Droit civil, Les obligations*, Montchrestien, 1997, 6^{ème} édition, n°57 ; Fr. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *o.c.*, 1996, pp. 94 et suivantes, n° 111 et suivants. V. cependant : M. PLANIOL et G. RIPERT, *o.c.*, p. 166-167, n° 128 et pp. 171 et suivantes, n° 131 et suivants.

¹⁶⁵ Notons en outre que certaines dispositions législatives consacrent expressément l'irrévocabilité de l'offre. Il en est ainsi en particulier en droit de la consommation lorsqu'il s'agit d'opérations de crédit (article L. 311-8 du code de la consommation), ou encore l'offre de prêt pour l'achat d'un immeuble (article L 312-10, la.1^{er} du code de la consommation), ...

sécurité juridique viennent de plus en plus tempérer la liberté de l'offrant qui, initialement, pouvait paraître absolue. Désormais, tout engagement ferme et précis - et donc toute offre - a bien force obligatoire, en particulier lorsqu'un délai a été précisé par l'offrant¹⁶⁶. Allant même plus loin, une certaine jurisprudence a admis que toute offre comportait nécessairement un délai implicite et raisonnable d'acceptation¹⁶⁷.

74.- Le raisonnement adopté par la jurisprudence française est cependant différent de celui avancé par les juridictions belges. Cette situation se conçoit aisément à partir du moment où les juges prennent comme point de départ de leur raisonnement un principe inverse. En droit belge, en effet, la théorie de l'engagement unilatéral de volonté justifie que l'offre soit *in se* irrévocable de sorte que son retrait avant l'échéance du délai d'acceptation - que celui-ci soit fixé ou résulte des circonstances et des usages - engage toujours la responsabilité de l'offrant. La jurisprudence française part, quant à elle, d'une règle opposée : celle de la liberté de l'offrant, lequel peut en principe librement, et sans engager sa responsabilité, retirer son offre et ce même si un délai a été précisé¹⁶⁸.

On admet en effet désormais majoritairement que, dans certaines circonstances, une responsabilité pourra être retenue, soit en raison d'un fait tenant à la manière de rompre, soit encore en raison de la légitime confiance créée dans le chef du destinataire de l'offre, lequel

¹⁶⁶ H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et Fr. CHABAS, *o.c.*, 1998, p. 126, n°134 citant notamment Nancy, 13 novembre 1952, *D.*, 1953, 12 ; Cass. Fr., 17 décembre 1958, *D.*, 1959, 33.

V. encore Cass. civ., 10 mai 1968, *Bull. civ.*, III, n°209. Dans cette décision, la Cour admet que "*si une offre de vente peut en principe être rétractée tant qu'elle n'a pas été acceptée, il en est autrement au cas où celui de qui elle émane s'est expressément engagé à ne pas la retirer avant une certaine époque*". Pourtant, la Cour ne semble pas avoir déduit de ce principe les conséquences logiques qu'il appelait et qui auraient permis de constater l'efficacité de l'acceptation intervenue dans le délai d'acceptation puisqu'est retenue une responsabilité extra-contractuelle.

¹⁶⁷ Cass. Fr., 17 décembre 1958, *R.T.D.Civ.*, 1959, p. 336 et note J. CARBONNIER ; : Cass. Comm., 11 février 1980, *J.C.P.*, 1980, IV, 169 : "*la durée du délai dépend des usages et de la nature du contrat proposé. Ainsi, par exemple, l'offre portant sur des marchandises périssables aurait dû être acceptée le jour même*" : Civ., 15/10/1958, *Bull.civ.*, I, n°435 ; Cass. civ., 10 mai 1972, *Bull. civ.* III, n°297 et *R.T.D.civ.*, 1972, p. 773 ; Cass. civ., 20 mai 1992, *D.*, 1993, *Jur.*, p; 493 et note VIRASSAMY ; J. GHESTIN, *Le contrat*, n°217-218 et Cass. Fr., 11 février 1980, *J.C.P.*, 1980, IV, 169 ; H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et Fr. CHABAS, *o.c.*, 1998, p. 127 et les références citées ; G. FARJAT, *o.c.*, 1975, pp. 118-119.

L. BOY ajoute qu' "*il semble en effet logique et raisonnable, pour assurer la sécurité des transactions, d'imposer à l'offrant un délai basé sur les usages des milieux concernés de sorte que la confiance des destinataires ne soit pas trompée sans pour autant lier indéfiniment ce dernier*".

Notons que la prise en compte d'un délai "implicite" d'acceptation, permettant de justifier la sanction du retrait de l'offre avant son échéance, a été critiquée en ce qu'elle donnerait effet à une volonté purement hypothétique. V. J. GHESTIN, *o.c.*, p. 274-275, n° 309.

¹⁶⁸ V. Cass.Fr., 3 février 1919, *D.P.*, 1923, I, p. 126 *précité*.

pouvait légitimement s'attendre à la conclusion de la convention¹⁶⁹. Il en est principalement ainsi lorsque l'offrant a fait le choix d'assortir son offre d'un délai d'acceptation. Les plus récents arrêts rendus par la Cour de cassation paraissent en effet également admettre la reconnaissance de la force obligatoire de l'offre¹⁷⁰ et la doctrine¹⁷¹ y accorde également ses faveurs.

75.- Reste alors l'épineuse question du fondement de cette force obligatoire. Les thèses qui se sont affrontées en droit belge ont également reçu écho auprès des auteurs français¹⁷², mais sans jamais être reconnues comme susceptibles de supplanter le principe de la liberté dont jouit l'offrant.

Aux yeux de la doctrine française¹⁷³, plus pertinente paraît la référence, pour sanctionner le retrait de l'offre, aux règles de la responsabilité extra-contractuelle. Cependant, justifier la force obligatoire de l'offre par le détour des principes de la responsabilité civile semble trop partiel dans la mesure où celle-ci exige la preuve d'une faute. Dans la mesure où l'offre n'est, en droit français, en principe pas obligatoire pour celui qui l'émet, comment sa révocation pourrait-elle être en elle-même fautive ? Elle ne peut l'être. Seules les circonstances entourant sa rétractation justifieraient alors l'application des articles 1382 et 1383 du code civil. Ceci semble être le cas à tout le moins lorsqu'un délai d'acceptation a été précisé ou peut être implicitement déduit des circonstances de la cause.

¹⁶⁹ Cass. civ. 6 janvier 1998, *Dall. Aff.*, 1998, p. 242 et obs. J.F. ; v. également C.A. Paris, 13 décembre 1984, *R.T.D.civ.*, 1986, p. 97 et note J. MESTRE et H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et Fr. CHABAS, *o.c.*, 1998, p.127, n°135.

¹⁷⁰ Voir notamment sur ce point l'arrêt précité du 1^{er} juillet 1998 *précité*.

¹⁷¹ V. références *infra*.

¹⁷² V. Théorie de l'avant-contrat défendue par R.DEMOLOMBE, *Cours de droit civil français*, t.II, §49.

La théorie de l'engagement unilatéral de volonté a également défendue avec nuance par une partie de la doctrine française : E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, p. 37 ; A. RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, Thèse, Strasbourg, LGDJ, Paris, 1961, pp. 84-85 ; M.L. IZORCHE, *L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain*, Thèse, PUAM, 1995 ; J.L. AUBERT, *Rép. Civ. Dalloz*, v° *Engagement par volonté unilatérale* ; P. JESTAZ, "L'engagement par volonté unilatérale", in *Les obligations en droit français et en droit belge*, Université Libre de Bruxelles et Université de Paris-Val de Marne, Bruylant-Dalloz, 1994, pp. 3 et suivantes ; G. FARJAT, *o.c.*, pp. 119 et suivantes. Voir encore les nuances apportées par A. SERIAUX, "L'engagement unilatéral en droit positif français actuel", in *L'unilatéralisme et le droit des obligations, sous la direction de Chr. JAMIN et D. MAZEAUD*, Ed. Economica, Etudes juridiques, 1999, p. 11, n°6. Cette thèse est cependant moins clairement reçue qu'en droit belge : R. LIBCHABER, note sous Cass. Fr. 11 février 1998, *Dalloz, Somm.*, 1999/12, pp. 109-110. V. cependant Cass. Fr., 10 mai 1968, 2 arrêts, *Bull. Civ.*, III, p. 161, n° 209 ; voir également Cass. Fr., 19 janvier 1977, *Bull. Civ.*, I, p. 27, n° 36.

¹⁷³ V. notamment J. CARBONNIER, *Obligations*, n° 139 ; J. SCHMIDT, "La sanction de la faute précontractuelle", *R.T.D.Civ.*, 1974, pp. 46 et suivantes ; J.M. MOUSSERON, "La durée dans la formation des contrats", in *Mélanges JAUFFRET*, 1974, p. 511. V. également les références citées dans la suite de l'exposé.

76.- Un récent arrêt de la Cour de cassation, du 11 février 1998¹⁷⁴, permet pourtant de s'interroger sur la réception en droit français de la théorie de l'engagement unilatéral de volonté. Dans l'espèce soumise à la Cour, une société avait adressé à un de ses clients, en termes particulièrement clairs, un courrier l'informant qu'il avait gagné une importante somme d'argent. Dans la mesure où, précise la Cour, ce dernier ne "*pouvait se méprendre sur la portée d'un engagement qui était aussi clairement affiché*", son acceptation avait formé le contrat et obligeait en conséquence la dite société à verser au consommateur la somme promise.

La référence, dans le dispositif de l'arrêt, à un "*engagement*" de la société défenderesse permet peut-être d'espérer de nouvelles perspectives. Il reste que, dans l'état actuel de la jurisprudence, l'absence de position claire et univoque - particulièrement dans un débat aussi vif - n'autorise aucune certitude quant à la réception d'un tel fondement.

77.- Mais, et les juristes français ne l'oublient pas, préciser le fondement d'un engagement unilatéral impose que, dans un même mouvement, l'on définisse les bases sur lesquelles le retrait de celui-ci pourra être sanctionné. Nous avons vu que le droit belge afflige majoritairement à la versatilité de l'offrant une sanction de nature contractuelle pouvant le cas échéant justifier l'exécution forcée du contrat. Là, à nouveau, la jurisprudence française, mais également la doctrine, ne témoignent pas d'un même aplomb et les questionnements foisonnent de part et d'autre. Certes, des auteurs avancent effectivement le principe d'une responsabilité contractuelle¹⁷⁵, fondement qui semble par pouvoir s'autoriser du récent arrêt

¹⁷⁴ Cass. Fr., 11 février 1998, *D.*, *Somm.*, 1999, p. 109 et note R. LIBCHABER "Où en est l'engagement unilatéral de volonté ?".

Notons qu'auparavant, la Cour de cassation française avait refusé sa censure à deux décisions, l'une rendue par la Cour d'appel de Douai (Douai, 10 février 1993, *R.T.D. Civ.*, 1995, 887, et obs. J. MESTRE), et l'autre par la Cour d'appel de Toulouse (Toulouse, 14 février 1996, *D.*, 1997, *Somm.*, 168, obs. D. MAZEAUD et *R.T.D.Civ.*, 1996, 397, obs. J. MESTRE) qui avaient reconnu qu'une société commerciale pouvait être unilatéralement tenue des avantages qu'elle promettait dans ses catalogues publicitaires. Selon la Cour d'appel de Douai, dont les termes sont repris par J. MESTRE, de telles publicités obligent ceux qui les émettent car il s'agit d'un "*engagement unilatéral qui fait naître une dette*". Saisie de l'appel formé contre cette décision, la Cour de cassation de France, dans un arrêt du 28 mars 1995 (*D.*, 1996, 180, note J.L. MOURALIS) a confirmé l'engagement de payer de l'entreprise concernée.

De même, par un arrêt du 21 janvier 1997 (*Bull.*, 1997, V, n°31), la haute juridiction française a déjà admis que l'engagement unilatéral de volonté puisse être générateur de droits dans le chef de celui qui entend s'obliger. Le litige donnant lieu à cette décision ne concernait cependant pas directement la formation des conventions, puisqu'il s'agissait du non-respect, par un employeur, de l'engagement qu'il avait pris envers ses travailleurs de leur accorder une augmentation salariale. V. également Cass., Ch. Sociale, 3 février 1993, *Bull.*, 1993, V, p. 23 repris dans la chronique de J. MESTRE publiée dans la *R.T.D.Civ.*, 1994, p.103.

La particularité des faits ayant donné lieu à cette décision autorise cependant difficilement une extension de sa portée.

¹⁷⁵ Selon L. BOY, "*en matière d'offre, la responsabilité est contractuelle. Elle se traduit généralement par la formation du contrat, le jugement valant vente*" (L. BOY, note sous Cass.civ., 1^{er} juillet 1998, *D.*, *Jur.*, 1999, p. 171).

En ce sens : A. BENABENT, *Droit civil, Les obligations*, Montchrestien, 1995, n°61 ; J. MESTRE, obs. sous *R.T.D.Civ.*, 1985, p. 155 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Les obligations*, n°112.

rendu par la Cour de cassation le 1^{er} juillet 1998. Celle-ci autoriserait de la sorte une réparation en nature et la conclusion forcée du contrat. Mais la majorité de ceux-ci ne partagent pas cet enthousiasme, préférant une réparation par équivalent. "*Si l'engagement unilatéral prend alors son autonomie par rapport au contrat (...) l'engagement unilatéral est cette fois menacé d'absorption par le délit ou le quasi-délit civils (...) la responsabilité du promettant envers celui qui n'est par hypothèse qu'un tiers (un autrui absolu ou penitus extranei, comme disent les juristes) par rapport à lui, est nécessairement une responsabilité délictuelle (...)*"¹⁷⁶. En ce sens, la faute résulterait, non pas de la violation d'un engagement "unilatéralement contracté", mais bien dans un manque de diligence tel que prévu aux articles 1382 et 1383 du code civil. Le recours à la théorie de l'engagement unilatéral ne se justifierait donc pas au niveau de la sanction puisque le retrait de celle-ci pourrait à elle seule être fustigée au regard du droit commun de la responsabilité.

78.- La question de la possible exécution forcée de l'engagement unilatéral non respecté continue de susciter de nombreuses interrogations. C'est que, en droit français tout comme en droit belge, la conception volontariste du contrat reste fort présente. Selon celle-ci, le contrat suppose, pour exister, la rencontre de deux volontés concordantes. Ceci impliquerait donc nécessairement, et particulièrement lorsqu'il s'agit de contrats de durée, que la volonté de l'offrant ait été maintenue jusqu'au moment où s'exprime celle de son destinataire¹⁷⁷. Ceci a donc justifié que seul l'octroi de dommages et intérêts ait été soutenu.

2. La rétractation de l'offre

79.- Il va de soi que, tant qu'elle n'est pas parvenue à son destinataire, l'offre peut être rétractée sans engager une quelconque responsabilité¹⁷⁸. Avant la réception de l'offre,

¹⁷⁶ Cette solution trouve les faveurs de la majorité de la jurisprudence et de la doctrine. V. notamment, D. MAZEAUD, Dalloz, 1997, p. 477, n°10 et les références citées ; P. JOURDAIN, "Rapport français", in *La bonne foi, Travaux de l'Association H. CAPITANT*, p. 131 ; J. SCHMIDT, *o.c.*, *R.T.D.Civ.*, 1974, p. 46 ; C. LARROUMET, *Droit civil, Les obligations, Le contrat*, Econ., 1996, n°99 et 239 ; A. SERIAUX, *o.c.*, p. 13, n°8 ; J. GHESTIN, *o.c.*, 1993, n°308 ; H.L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil, Obligations, Théorie générale*, Montchrestien, 1991, p. 143 et suivantes ; F. TERRE, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, Paris, 1996, spécialement n° 112.

V. également J. SCHMIDT, *o.c.*, 1990, p. 554 selon qui, encore, la réparation en nature serait peu compatible avec le principe de la liberté de conclure et de la libre révocabilité de l'offre. Cet auteur plaide ainsi uniquement pour une réparation par équivalent. L'auteur affirmait, déjà en 1974, qu' "*ordonner la formation du contrat reviendrait à interdire de rétracter l'offre et confondrait donc, effets de l'offre et de la promesse unilatérale de contrat*" (*o.c.*, p.57).

¹⁷⁷ D. MAZEAUD, note sous Cass., 30 avril 1997, *D., Jurisprudence*, 1997, p. 477, n°8 citant notamment Cass.Fr., 27 mai 1986, *R.T.D.Civ.*, 1987, p. 88.

¹⁷⁸ M. PLANIOL et G. RIPERT, *o.c.*, p. 171, n° 131 ; J. GHESTIN, *o.c.*, p.270, n°303 ; L. BOY, note sous Cass.civ., 1^{er} juillet 1998, *D., Jur.*, 1999, p. 171-172 ; H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et Fr. CHABAS, *o.c.*, 1998, p.126, n° 134. V. également C.A. Paris, 27 mai 1994, *D.S.*, 1994, n° 11, p. 8,193.

l'éventuel retrait de celle-ci ne pourrait en effet tromper une quelconque confiance de son destinataire puisque, par hypothèse, celui-ci ne l'a pas encore reçue et n'a, en conséquence, pu en avoir connaissance.

3. La révocation de l'offre : une liberté sous surveillance ?

80.- Nous avons vu qu'en droit français, l'offre reste en principe dépourvue de force obligatoire, et ce même si tant le législateur¹⁷⁹ que la jurisprudence¹⁸⁰ ont sensiblement nuancé la portée de cette affirmation.

81.- Tout d'abord, le principal tempérament admis en matière de retrait de l'offre se déduit d'une méconnaissance des attentes légitimes de celui à qui la proposition est adressée. Il va de soi que l'émission d'une offre précise et ferme de conclure un contrat accroît la confiance qu'a son destinataire en la conclusion de la convention projetée et qu'une faute pourra plus aisément être dégagée de son retrait intempestif. La jurisprudence française demeure cependant fort prudente dans l'admission de l'existence d'une faute dans le chef de l'offrant, afin de ne pas compromettre la liberté de contracter qui demeure le principe fondamental régissant cette phase¹⁸¹. Ainsi, *"il apparaît que sans remettre en cause le principe de la généralité de la faute délictuelle, la jurisprudence a tendance à l'appliquer avec circonspection en matière précontractuelle. La protection de la liberté contractuelle domine le traitement des problèmes liés à cette période et seuls sont sanctionnés les comportements déloyaux"*¹⁸².

Le respect de la croyance légitime n'est en réalité rien de plus qu'une application particulière de l'exigence de bonne foi que, sans difficulté, la jurisprudence française a transposée au stade des négociations. La doctrine¹⁸³ opère cependant sur ce point une distinction selon que l'offre est ou non assortie d'un délai d'acceptation. Dans le premier cas, elle proscriit largement le retrait de l'offre. Dans le second, le retrait ne serait validé que s'il intervient après l'échéance d'un délai raisonnable. Cette solution est applicable tant aux offres réceptives qu'aux offres faites au public¹⁸⁴.

¹⁷⁹ Des lois particulières posent en effet le principe de l'irrévocabilité de l'offre, particulièrement dans un souci de protection de la partie perçue comme plus faible. V. *supra*.

¹⁸⁰ V. les références citées *supra*.

¹⁸¹ J. SCHMIDT-SALEWSKI, *o.c.*, 1990, p. 552.

¹⁸² J. SCHMIDT-SALEWSKI, *o.c.*, p. 553.

¹⁸³ V. notamment P. JOURDAIN, "Rapport français", in *La bonne foi*, H. CAPITANT, p. 129.

¹⁸⁴ Dans ce dernier cas, cependant, l'offrant se lie à la première personne qui manifeste son acceptation : Cass. civ., 28 novembre 1968, Bull. civ. III, n° 507 ; A. VIALARD, "L'offre publique de contracter", *R.T.D.civ.*, 1971, p. 750.

Ensuite, il ressort de la jurisprudence plus récente que lorsque l'acceptation rencontre l'offre, le contrat se forme, quand bien même l'offrant aurait déjà conclu avec un tiers, au mépris de sa proposition. La solution a été posée en termes clairs dans l'arrêt précité du 1^{er} juillet 1998 où la Cour affirme, sans ambiguïté, que "*la vente est parfaite entre les parties et la propriété est acquise de droit à l'acheteur*". La décision judiciaire tient alors lieu de vente.

C. La caducité de l'offre

82.- Le rejet de l'offre ou l'acceptation sous réserve de modifications portant sur des éléments essentiels ou substantiels rend celle-ci caduque¹⁸⁵. De même, l'expiration du délai d'acceptation entraîne l'anéantissement de l'offre¹⁸⁶.

83.- Quant au décès de l'offrant, la Cour de cassation française est restée pendant longtemps hésitante. Par un arrêt de principe du 9 novembre 1983¹⁸⁷, la Cour a en effet refusé d'admettre la caducité de l'offre ou son inopposabilité aux héritiers "*du seul fait du décès*", ce qu'elle a pourtant admis dans un arrêt ultérieur du 10 mai 1989¹⁸⁸, optant alors de manière claire pour la disparition de l'offre dans de telles circonstances. Les solutions posées en cas de survenance d'une cause d'incapacité paraissent devoir s'aligner sur cette jurisprudence.

Un arrêt du 10 décembre 1997¹⁸⁹ est cependant depuis venu rejoindre la jurisprudence de 1983, considérant dès lors que le décès de l'offrant, pas davantage que son incapacité¹⁹⁰, ne

Notons encore qu'une certaine doctrine a défendu l'idée que, dans l'hypothèse d'offres adressées au public, la libre révocation de l'offre devait demeurer le principe lorsqu'aucun délai d'acceptation n'est précisé (v. J. FLOUR et J.L. AUBERT, *Les obligations*, n°148 ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Les obligations*, n° 385).

¹⁸⁵ J. GHESTIN, *o.c.*, p. 279, n° 315 ; J. SCHMIDT-SALEWSKI, *o.c.*, 1989, p. 26, n°16 ; J. SCHMIDT, *o.c.*, 1990, p. 554 et *o.c.*, 1974, p. 57 .

¹⁸⁶ M. PLANIOL et G. RIPERT, *o.c.*, p. 182-183 ; H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et Fr. CHABAS, *o.c.*, 1998, p. 127, n° 135.

¹⁸⁷ Cass.fr., 9 novembre 1983, *R.T.D.Civ.*, 1985, pp. 154 et suivantes et note J. MESTRE ; v. Cass.fr., 9 novembre 1968, *Bull.civ.*, III, n° 222, p.1 où selon la Cour, "*l'offre de vente n'avait pas été rétractée (...) et ne pouvait dès lors être considérée comme caduque, ou inopposable à ses héritiers, du seul fait de son décès, et que l'acceptation de cette offre par son destinataire avait rendu la vente parfaite*".

¹⁸⁸ Cass. Fr, 10 mai 1989, *Bull.civ.*, III, n°108, p.60 et *D.*, 1990, *Jur.*, p. 365 et note VIRASSAMY et *R.T.D.Civ.*, 1989/1, pp. 69 et 70. La Cour considère alors que "*la notification d'une vente sous condition suspensive au titulaire du droit de préemption, par le notaire chargé d'instrumenter, ne constituant pas une promesse de vente mais une simple offre, celle du 22 juillet 1981 devenue caduque par l'effet du décès de Madame GIRARD survenu le 11 août 1981, ne pouvait être l'objet postérieurement à cette date d'une acceptation de la part de la SAFER*".

¹⁸⁹ Cass., 10 décembre 1997, *Petites affiches*, 23.11.1998, p. 24 ; Cass., 9 novembre 1983, *Bull. civ.* III, n° 222.

¹⁹⁰ J. GHESTIN, *o.c.*, n°317.

rendent l'offre caduque sauf lorsque le contrat projeté est *intuitu personae* dans le chef du défunt ou de l'incapable¹⁹¹.

III. L'acceptation de l'offre

84.- Les principes applicables à l'acceptation de l'offre sont identiques à ceux que nous avons dégagés concernant le droit belge. Comme le relevait J. CARBONNIER, "*il faut, pour faire un contrat, deux manifestations de volontés, et ce n'est pas assez dire : deux manifestations de volontés concordantes dans leur objet et qui arrivent à se rencontrer dans le temps et dans l'espace (...) Le contrat est la succession d'une offre (de contracter, ou pollicitation), qui est saisie par une acceptation. (...) Il faut que le contenu de l'acceptation soit identique à celui de l'offre.*"¹⁹²

85.- L'acceptation constitue la manifestation d'une volonté concordante à l'offre qu'elle entend rencontrer. Pour valablement former le contrat, celle-ci doit correspondre à celle-là quant aux éléments essentiels qu'elle contient¹⁹³. À défaut, elle constitue un rejet de l'offre initiale et équivaut à l'émission d'une nouvelle offre que l'offrant originaire sera libre d'accepter ou de refuser¹⁹⁴. Toute contre-proposition n'est cependant pas à même de rendre l'offre caduque. Il n'en sera ainsi que si elle manifeste un refus non équivoque et définitif de l'offre à laquelle elle entend répondre¹⁹⁵. En outre, une équivalence complète de l'acceptation et de l'offre quant aux éléments accessoires n'est pas requise¹⁹⁶. Un désaccord des parties, voire leur silence, quant à ceux-ci ne fera en effet pas obstacle à la conclusion de la convention. Les lacunes éventuelles du contrat pourront être comblées par une nouvelle

¹⁹¹ V. cependant H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et Fr. CHABAS, *o.c.*, 1998, p. 127, n°135 et les références citées.

¹⁹² J. CARBONNIER, *Les obligations, Tome IV*, Paris, PUF, Coll. Thémis Droit privé, 1992, 16^{ème} édition, p. 35.

¹⁹³ Fr. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *o.c.*, 1996, p.99, n° 115 ; J. GHESTIN, *o.c.*, p. 283, n° 319 ; J. SCHMIDT-SALWSKI, *o.c.*, 1989, pp. 21-22 ; G. FARJAT, *o.c.*, pp. 113 et suivantes. V. également J. CARBONNIER, *Droit civil, IV, Les obligations*, PUF, 1^{ère} édition, 1956, p.72.

¹⁹⁴ notamment J. GHESTIN, *o.c.*, 1993, pp.290 et suivantes (et les références citées) ; J. SCHMIT-SALESWIKI, *o.c.*, 1989, pp. 22 et suivantes et les décisions publiées in extenso.

¹⁹⁵ J. GHESTIN, *o.c.*, 1993, pp.291-292, n° 328 et les nombreuses références citées.

¹⁹⁶ V. notamment Cass. civ., 26 novembre 1962, *D.*, 1963, 61 et *R.T.D. Civ.*, 1963, 364, obs

V. cependant H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et Fr. CHABAS, *o.c.*, 1998, p. 136, n° 138 qui relèvent qu'une partie de la jurisprudence persiste à exiger une adéquation parfaite entre l'offre et l'acceptation. Selon cette dernière, en effet, le contrat ne pourrait être considéré comme conclu dès lors qu'un désaccord manifeste persiste entre les parties, fut-ce concernant un point secondaire. V. la jurisprudence relevée sur ce point.

négociation entre les parties ou l'application des règles du droit supplétif ou des usages (article 1135 du code civil¹⁹⁷).

Pourtant, la théorie de la contre-offre demeure encore aujourd'hui largement appliquée¹⁹⁸, témoignant ainsi de la "*relative rigidité*"¹⁹⁹ du système français.

86.- En outre, l'acceptation n'est, tout comme l'offre, soumise à aucune condition de forme. Elle peut donc tout autant être expresse que tacite²⁰⁰. Si, en principe, le silence ou l'inaction sont empreints d'une équivocité qui les dépouille de toute fermeté, les circonstances de la cause pourront, le cas échéant, y voir une acceptation²⁰¹. Il s'agira de relations d'affaires suivies²⁰² ou lorsque la proposition émise est faite dans l'intérêt exclusif de son destinataire²⁰³.

¹⁹⁷ Cette disposition précise en effet que "*Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature*".

¹⁹⁸ Une jurisprudence certaine persiste, en effet, à exiger une adéquation absolue entre les deux volontés et refuse de reconnaître la réalité du contrat lorsque persiste un désaccord, fut-ce sur un point accessoire. V. H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et Fr. CHABAS, *o.c.*, 1998, p.136, n°138 citant notamment Civ., 1^{ère} ch. civile, 26 octobre 1964, *Bull. Civ.*, I, n° 470 ; Civ. 1^{ère} ch., 15 juin 1973, *Bull. Civ.*, I, n° 204. Les auteurs relèvent cependant que la jurisprudence se montre plus souple lorsque l'accord des parties quant à la conclusion du contrat est certain, mais que le contrat est lacunaire.

¹⁹⁹ A. TUMMERS, *o.c.*, p. 604.

²⁰⁰ Fr. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *o.c.*, 1996, p. 101, n° 117 et suivants ; J. CARBONNIER, *Droit civil, IV, Les obligations*, 1956, p. 69 et s. ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *o.c.*, p. 130-131, n° 107 ; H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et Fr. CHABAS, *o.c.*, 1998, p. 132 ; J. SCHMIDT, *o.c.*, 1982, pp.82 et suivantes, n° 163 et suivants.

²⁰¹ Cass. Fr., 25 mai 1870, *D.*, 1870, I, 257. La Cour considère clairement que "*le silence de celui qu'on prétend obligé ne peut suffire en l'absence de toute autre circonstance, pour faire preuve contre lui de l'obligation alléguée*". V. obs. Fr. TERRE et Y. LEQUETTE, *o.c.*, 1991, pp. 345-348 ; Cass. Fr., 23 mai 1979, *D.*, 1979, *Inf. rap.*, p. 488 ; Cass. Fr., comm., 16 décembre 1981, *J.C.P.*, 1982, IV, p. 88 ; Cass. Fr., Comm., 3 décembre 1985, *J.C.P.*, 1986, IV, p. 65 ; v. également M. PLANIOL et G. RIPERT, *o.c.*, p. 133, n° 108 ; Fr. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *o.c.*, 1996, p. 101 et suivantes, n° 118 et suivants ; H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et Fr. CHABAS, *o.c.*, 1998, p. 132, n° 137 ; L. LEVENEUR, "Formation du contrat – le silence ne vaut pas à lui seul acceptation", note sous Cass. civ. Fr., 5 avril 1993, *C.C.C.*, 1993, n°8/9, p. 4, n°145 ; P. CHAUVEL, note sous Cass. Civ. Fr., 16 avril 1995, *Dr. & Patrim.*, 1996/9, p. 69 ; J. SCHMIDT, *o.c.*, 1982, pp.84 et suivantes, n° 169 et suivants..

²⁰² Cass. Fr., 20 mars 1984, *D.*, 1985, 494 ; Cass. Fr. Comm., 26 mai 1987, *Bull. Civ.*, IV, n° 128. V. également Fr. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *o.c.*, 1996, p.103, n° 118 et les références citées.

²⁰³ Cass. Fr., 1^{er} décembre 1969, *D.*, 1970, 422 et note PUECH M. ; Cass. Fr., 12 février 1985, *Bull. Civ.*, V, p. 590, n° 722. V. également Fr. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *o.c.*, 1996, p.103, n° 118 et les références citées.

V. également en doctrine : M. PLANIOL et G. RIPERT, *o.c.*, pp. 136 et suivantes et les références citées ; J. GHESTIN, *o.c.*, 1993, p. 363, n° 406 ; G. FARJAT, *o.c.*, p. 124 ; J. SCHMIDT-SALEWSKI, *o.c.*, 1989, p. 25 reprenant de nombreuses références ; H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et Fr. CHABAS, *o.c.*, 1998, p.122 et pp. 133 et suivantes et les nombreuses références citées. Selon ces derniers, "*lorsque les parties sont en rapports d'affaires (...) la Cour de cassation laisse toute latitude aux Tribunaux, qui décident si les rapports commerciaux sont suffisamment étroites pour justifier cette présomption. Le silence aurait une signification particulière s'il était gardé à la suite d'une offre faite périodiquement, et jamais refusée jusque là ; ou lorsque des pourparlers étaient déjà engagés ; on devrait également tenir compte des usages de la profession, des habitudes des commerçants, notamment de leur comportement antérieur dans les mêmes circonstances*".

Enfin, les parties pourraient valablement admettre que l'acceptation sera déduite du silence, mais dans ce cas, la seule volonté de l'offrant est insuffisante.

87.- L'acceptation doit encore intervenir dans le délai fixé par l'offre ou, à défaut, dans un délai raisonnable. Si tel n'est pas le cas, elle ne sera pas apte à former le contrat et constituera une nouvelle offre que l'offrant originaire sera libre d'accepter, de modaliser ou de refuser. L'acceptation tardive est de la sorte dépourvue d'effet à moins que l'offrant n'en décide autrement. Les risques de perte ou de retard sont ainsi à charge de l'acceptant²⁰⁴.

IV. Moment de la formation du contrat

88.- Comme le relevait à juste titre R. SCHLESINGER²⁰⁵, "(...) *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*".

89.- La jurisprudence française relative à la fixation dans le temps du moment de la formation du contrat a été pour le moins hésitante, laissant pendant longtemps les parties dans l'incertitude de la solution à appliquer à un éventuel litige. L'absence de texte spécifique laissa en effet longtemps libre cours à un débat doctrinal intense et contribua à forger une jurisprudence peu cohérente.

Au XIX^{ème} siècle, en effet, il était admis que, sauf clause contraire, la solution juridique à apporter à la détermination du moment et du lieu de la conclusion du contrat supposait un examen préalable de l'ensemble des faits. S'agissant d'une question de fait, la Cour suprême de France se refusait d'en contrôler l'application faite par les juridictions de fond²⁰⁶. Aucune

²⁰⁴ M. PLANIOL et G. RIPERT, *o.c.*, p. 177, n° 134.

²⁰⁵ R. SCHLESINGER, *Formation of Contracts, A Study of the Common Core of Legal Systems*, Vol.I, Dobbs Ferry, N.Y. (U.S.A.), Oceana Publications, 1968, pp. 243 et 244.

²⁰⁶ M. DE LABARRE, "La formation du contrat", in *La formation du contrat - L'avant-contrat*, 62^{ème} congrès des notaires de France, Juin 1964, pp. 78 et suivantes ; Fr. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *o.c.*, 1996, pp. 134 et suivantes, n° 164 ; H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et Fr. CHABAS, *o.c.*, 1998, p.121 et pp. 140 et suivantes. Les auteurs citent sur ce point deux arrêts importants : Cass. Fr., civ., 2 février 1932, S., 1932, 1, 68 et Cass. Fr. Ch. civ., Section sociale, 20 juillet 1954, *J.C.P.*, 1955, II, 8775 et note RABUT. Selon cette dernière, "*que, dans les conventions qui se lient par correspondance, la fixation du moment, et en conséquence du lieu où le contrat est devenu parfait, est généralement une question de fait dont la solution dépend des circonstances de la cause ...*".

solution de principe ne se trouvait donc posée de manière catégorique. L'arrêt de la Chambre des requêtes du 6 août 1867²⁰⁷ était suffisamment explicite lorsqu'il considéra 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*".

90.- Aujourd'hui, et contrairement au principe reçu en droit belge, la jurisprudence de la Cour de cassation française admet généralement que le contrat se forme au moment où le destinataire de l'offre expédie son acceptation. C'est donc au moment et au lieu où se trouve l'acceptant que se forme le contrat²⁰⁸. Cette règle demeure cependant supplétive de la volonté et peut valablement être obviée par la volonté des parties. Certains auteurs ont critiqué cette solution et proposé d'y substituer notamment la théorie de la réception²⁰⁹.

Le débat n'est, on le voit, pas encore éteint et les évolutions jurisprudentielles dans ce domaine restent attendues²¹⁰.

V. également J. CARBONNIER, *Droit civil, IV, Les obligations*, 1956, p.72 et suivantes.

²⁰⁷ Ch. Requ., 6 août 1867, *D.P.* 1868 I, 35. V. également Cass. Comm., 21 novembre 1966, *J.C.P.*, 1967, II, 15.012.

²⁰⁸ Cass., 7 janvier 1981, *Bull.*, IV, p. 11, n°14 selon laquelle l'acte est destiné " (...) à devenir parfait non pas par la réception [par le pollicitant] de l'acceptation [du bénéficiaire de l'offre] mais par l'émission [par celui-ci] de son acceptation" ; Voir également : Req., 21 mars 1932, *D.P.*, 1933, I, 65 et note SALLE DE LA MARNIERE ; T.Grande Instance Dunkerque, 19 février 1986, *Journ.Dr.Intern.*, 1986, n°3, p.713 et s. ; Fr. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *o.c.*, 1996, p. 135 ; J. SCHMIDT-SALEWSKI, *o.c.*, 1989, p. 28 ; H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et Fr. CHABAS, *o.c.*, 1998, p.121 et pp. 140-141, n° 143.

²⁰⁹ Ph. MALAURIE, note sous Cass., 21 décembre 1960, *D.*, 1961, 417 ; A. WEILL et F. TERRE, *Droit civil, Les obligations*, 3^{ème} édition, Dalloz, 1980, pp. 176-177 ; E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, Paris, Sirey, 1965, pp. 42 et suivantes ; C. LARROUMET, *Droit civil, Les obligations, Le contrat*, 2^{ème} édition, Tome III, Paris, Economica, 1990, p. 264.

Notons cependant que, par certains arrêts, la Cour de cassation française a semblé recevoir la théorie de la réception (Cass. Fr., 1^{ère} section de la Ch. Civile, 21 décembre 1960, *D.*, 1961, 417 et note MALAURIE). Voir H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et Fr. CHABAS, *o.c.*, 1998, p. 140-141.

²¹⁰ Selon J. GHESTIN (*o.c.*, 1993, pp.324 et suivantes.), il convient avant tout de privilégier les solutions pragmatiques, permettant un juste équilibre entre les intérêts en présence. Ce souhait se concilie tout d'abord parfaitement avec le choix d'une règle supplétive dont les parties pourront, si tel est leur souhait exprimé, se dégager. Il autorise encore, comme le fait la jurisprudence française, une dissociation entre les moment et lieu de la formation du contrat.

91.- L'étude du droit allemand est particulièrement enrichissante principalement en ce qu'elle permet de repenser nombres de principes et conceptions sur lesquels peu de réflexions sont encore engagées de manière fondamentale. Au cœur de ceux-ci, réside la notion d'acte juridique²¹². Toute déclaration de volonté émise tend, en effet, vers un résultat juridique particulier et constitue l'assise nécessaire de tout acte revêtant cette qualité. On considère, en droit allemand, que cette déclaration se scinde en deux composantes indissociables²¹³ ; d'une part, la volonté intime du déclarant (*der Wille*), élément par nature subjectif, et, d'autre part, la manifestation extérieure et objective de cette volonté, telle qu'elle est susceptible d'être perçue par autrui (*die Erklärung*). Cette dernière peut résulter tant d'une déclaration expresse que d'un comportement, voire de la conjugaison des deux. À ce judicieux mariage est accordé, le cas échéant, et en vertu de la loi, un effet juridique.

92.- Les actes juridiques peuvent être, quant à leurs effets, unilatéraux ou bilatéraux selon qu'ils engagent une seule des parties ou que toutes deux se trouvent réciproquement tenues à une prestation, comme c'est le cas, par exemple, du contrat (*Vertrag*), acte bilatéral par excellence.

Les actes unilatéraux sont en principe sujets à réception, en ce sens qu'ils ne produisent d'effet qu'à partir du moment où leur destinataire les reçoit²¹⁴. Mais des exceptions sont prévues, comme c'est le cas en particulier de la promesse adressée au public, laquelle prend effet dès

²¹¹ Nous attirons l'attention du lecteur sur le fait que les principales sources citées concernant l'étude du droit allemand sont indirectes.

L'auteur tient cependant à remercier Monsieur Daniel BERG pour avoir relu le passage relatif au droit allemand et avoir transmis ses observations pertinentes.

²¹² M. PEDAMON, *Le contrat en droit allemand*, L.G.D.J., 1993, pp. 16-17. V. également A. RIEG, "Le contrat dans les doctrines allemandes du XIX^{ème} siècle", in *Archives de philosophie du droit, Sur les notions du contrat*, XIII, Sirey, Paris, 1968, pp. 31 et suivantes ; B. S. MARKESINIS, W. LORENZ et G. DANNEMANN, *The German Law of Obligations, Volume I, The Law of Contracts and Restitutions : A comparative Introduction*, Clarendon Press, Oxford, 1997, pp. 14-15.

²¹³ A. RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, L.G.D.J., Paris, 1961, spécialement pp. 7 et suivantes ; G. MEISSNER, "La formation du contrat authentique en droit allemand", in *La formation du contrat - L'avant-contrat*, 62^{ème} Congrès des notaires de France, 1964, pp. 426 et suivantes.

²¹⁴ Selon A. RIEG, "la déclaration de volonté impliquant réception est celle qui doit être émise envers une autre personne touchée par ses effets. En d'autres termes, le déclarant doit imprimer à sa manifestation de volonté une certaine orientation ou direction. La déclaration de volonté non soumise à réception est, comme toute déclaration de volonté, un acte passé dans le but de faire connaître une décision volontaire à l'entourage, mais qui n'exige pas (...) que la déclaration soit dirigée sur une certaine personne et lui parvienne" (A. RIEG, *o.c.*, 1961, p. 56, n°50). La plupart des déclarations de volonté font partie de la première catégorie, la seconde étant réservée aux hypothèses où "l'effet juridique qu'elles ont pour but de produire est relatif à la propre sphère juridique du déclarant" (*Ibidem*). Il en est ainsi, par exemple, de l'acceptation d'une succession ou de l'établissement d'un testament.

qu'elle est émise. Quant au contrat, il implique, tout comme en droits belge et français, la rencontre de deux volontés concordantes et destinées à produire des effets de droit²¹⁵.

I. Les principes applicables à la formation des accords

A. Encadrement légal de la formation des conventions

93.- Les règles applicables aux contrats se trouvent consignées dans les Livres Ier et II du BGB²¹⁶. Il convient en outre d'ajouter à cette première réglementation, celle issue des législations particulières et spécialement de la loi du 9 décembre 1976, modifiée encore récemment²¹⁷, relative aux conditions générales contractuelles²¹⁸. Cette loi est importante car, en codifiant certaines solutions dégagées par la jurisprudence et la doctrine face à certaines lacunes présentées par le BGB²¹⁹, elle déroge sur certains points à ce dernier ou en affine d'autres dispositions.

²¹⁵ M. PEDAMON, *o.c.*, p. 18.

²¹⁶ Le BGB s'articule autour de cinq parties - dénommées "Livres" - regroupant en tout 2385 paragraphes. Le Livre I^{er} du BGB constitue la "*partie générale*" (*Allgemeiner Teil*), legs des Pandectistes, alors que les quatre Livres suivants correspondent aux parties spéciales, abordant successivement le droit des obligations (Livre II - , §§ 241 à 431), le droit des biens (Livre III), le droit de la famille (Livre IV) et le droit des successions (Livre V). Ce faisant, "*le BGB dote, dans sa partie générale, l'ensemble des actes juridiques de règles communes*", et ce qu'ils relèvent d'un contrat, d'un acte translatif de propriété, d'un acte relevant du droit de la famille ... (Cl. WITZ, *o.c.*, 1992, p. 31, n° 27).

Le Livre I^{er} traite de différentes questions centrales, parmi lesquelles nous intéresse tout particulièrement les §§ 104 à 185 traitant des "*actes juridiques*" (Section 3, Livre I). Cette troisième section du Livre I^{er} aborde quant à elle, sous 6 titres différents, la capacité des personnes (§§ 104 à 115), la déclaration de volonté (§§ 116 à 144), le contrat (§§ 145 à 157), la condition et le terme (§§ 158 à 163), la représentation (§§ 164 à 181) et l'autorisation et la ratification (§§ 182 à 185).

Les dispositions relatives à l'offre et l'acceptation sont inscrites dans le Titre III du Livre I sous les §§ 145 et suivants.

²¹⁷ La dernière modification date en effet du 27 juin 2000.

²¹⁸ Par "conditions générales", il faut entendre, conformément à l'article 1^{er} de cette loi "(...) toutes les conditions contractuelles qui sont formulées par avance pour une multitude de contrats, que l'une des parties (stipulant) pose à l'autre lors de la conclusion du contrat. Il importe peu que les dispositions forment une partie spéciale extérieure au contrat ou qu'elles soient incorporées dans le document contractuel lui-même ; peu importe également leur étendue, le mode d'écriture et la forme du contrat". Sont ainsi seuls exclus les accords individuels, c'est-à-dire ceux dont les termes ont fait l'objet d'une négociation entre les parties.

²¹⁹ Cl. WITZ, "La protection de la volonté par le principe de transparence en droit allemand des conditions générales d'affaires", in *Le rôle de la volonté dans les actes juridiques, Etudes à la mémoire du Professeur Alfred RIEG*, Bruylant, Bruxelles, 2000, pp. 899 à 914. V. en particulier p. 899 où l'auteur expose qu'avant l'adoption de cette loi particulière, la jurisprudence sanctionnait les clauses contractuelles au regard des § 138 (atteintes aux bonnes mœurs) et 242 (exigence de bonne foi), seuls fondements légaux à sa disposition.

B. Les principes fondamentaux régissant la rencontre des volontés

94.- Le droit allemand des contrats repose sur trois principes fondamentaux. Au premier rang de ceux-ci figure, tout comme en droits belge et français, le principe de la liberté contractuelle (*Vertragsfreiheit*) et de l'autonomie privée²²⁰ (*Privatautonomie*). Cette règle fondamentale implique, selon la doctrine, tant la liberté de contracter (*Abschlußfreiheit*) que celle de déterminer les conditions auxquelles les parties accepteront de se soumettre (*Gestaltungsfreiheit*), laquelle suppose donc également le libre choix de créer de nouveaux contrats "innommés" par le code civil.

95.- Prennent place à côté de ce principe de base, deux autres assises importantes devant guider l'office du juge. Celui-ci doit en effet préserver la justice contractuelle (*Vertragsgerechtigkeit*), conséquence du principe de bonne foi, mais également accorder foi en la volonté exprimée, et la confiance qu'elle a pu susciter (*Vertrauensprinzip* ou *Vertrauensgrundsatz*)²²¹. Ce dernier principe - tenant à la théorie de la déclaration (*Erklärungstheorie*)²²² - retiendra particulièrement notre attention en ce qu'il entend "protéger la confiance mise par une personne qui participe de bonne foi aux échanges marchands dans ce qui apparaît comme la volonté du déclarant à travers l'énoncé qu'il en a fait"²²³. Son accentuation croissante par la jurisprudence, et l'atténuation qu'il implique du pouvoir accordé

²²⁰ Cl. WITZ, *o.c.*, 1992, p. 107 et suivantes.

L'on remarquera cependant que ce principe d'autonomie privée ne reçoit pas la même connotation que le principe de l'autonomie des volontés au sens où l'entendaient les juristes à la fin du XIX^{ème} siècle. Dès cette période, en effet, et particulièrement à la suite du pandectiste BRINZ (1860-1871), les juristes allemands développèrent l'idée que la force obligatoire de la convention ne découle pas de la volonté elle-même, mais de ce que le droit positif lui accorde ce pouvoir. La volonté n'est plus, en ce sens, "autonome", mais bien dépendante du droit objectif. V. A. RIEG, *o.c.*, 1968, pp. 41-42.

V. également, quant à ces principes, B. S. MARKESINIS, W. LORENZ et G. DANNEMANN, *o.c.*, 1997, pp. 28 et les références citées.

²²¹ M. PEDAMON, *o.c.*, p. 24 et suivantes ; LARENZ, *o.c.*, § 2.

Du principe de confiance découlent l'obligation pour les parties de se comporter de manière loyale et honnête, mais également l'obligation faite au juge d'interpréter les déclarations de volonté "d'après l'horizon du destinataire" (Cl. WITZ, *o.c.*, 1992, p.109 et suivantes). Comme le relève Cl. WITZ, une certaine doctrine plaide pour une application plus large de ce principe en particulier dans le cadre de la protection contre les déclarations fictives de volonté.

²²² V. sur ce point A. RIEG, *o.c.*, spécialement pp. 35 et suivantes sur la portée de la *Willenstheorie* (appliquée en Allemagne jusqu'au dernier quart du XIX^{ème} siècle, et selon laquelle la déclaration de volonté comprend deux éléments : la volonté interne et la déclaration, cette dernière n'étant que l'expression aux tiers de la première) et l'*Erklärungstheorie* (défendue surtout à partir des années 1875). Cette dernière, appliquée à la phase de formation des accords, aboutit à considérer que "ni la volonté du promettant, ni celle de l'acceptant, ni la concordance des deux volontés n'engendrent le lien obligatoire, mais la déclaration de volonté concordante des deux" (Fr. HOFMAN, *Die Entstehungsgründe der Obligationen, insbesondere der Vertrag*, Wien, 1874 cité par A. RIEG, *o.c.*, p. 39, note n° 1).

²²³ M. PEDAMON, *o.c.*, p. 27.

à la volonté réelle des parties, auront en effet une incidence considérable dans le cadre de l'étude des règles régissant la formation des accords.

C. Une prépondérance de la volonté déclarée sur la volonté réelle

96.- Nous savons que les droits belge et français accordent une importance dominante à la volonté réelle des parties, laquelle devra être vérifiée dès qu'un doute existe.

Les principes de l'autonomie privée et de la liberté contractuelles sont communs avec le droit allemand, la philosophie libérale ayant également imprégné le BGB. Les juristes allemands ne se sont cependant pas contenté de cette approche purement subjective, même si elle a prévalu au XIX^{ème} siècle (*Willenstheorie*). Partant du constat que la volonté intime est difficilement saisissable, certains auteurs, parmi lesquels VON JEHRING²²⁴, ont alors défendu le recours à la théorie de la déclaration (*Erklärungstheorie*). Selon cette dernière, seule la volonté déclarée doit pouvoir justifier la force obligatoire des conventions. Le BGB s'est quant à lui inscrit dans la voie du compromis par rapport à ces deux théories concurrentes. Alors que certaines dispositions s'inspirent en effet davantage de la théorie de la volonté (§ 133²²⁵), d'autres transpirent surtout de la théorie de la déclaration (§ 157²²⁶ et § 116²²⁷). Ainsi, bien que la doctrine allemande contemporaine accorde une importance plus grande à la déclaration de volonté et aux exigences de bonne foi, la volonté réelle ne doit pas être systématiquement exclue. Ce constat distingue le droit allemand des droits belge et français, lesquels se satisfont de la manifestation libre des volontés. Selon lui, en effet, devra également interférer la perception raisonnable qu'a pu avoir le destinataire d'une telle manifestation quant à sa situation juridique. La force obligatoire des conventions puise de la sorte davantage sa source dans la responsabilité de tout homme pour les actes qu'il pose²²⁸.

²²⁴ Cité par KRAMER, Münchener Kommentar/Kramer, § 116, n°6.

²²⁵ Selon cette disposition, "pour l'interprétation d'une déclaration de volonté, il faut rechercher la volonté réelle et ne pas s'attacher au sens littéral de l'expression". La doctrine considère cependant que "le § 133 ne signifie pas qu'il convient de dégager la volonté qui serait restée cachée dans le for intérieur du déclarant. N'est sujette à interprétation que la volonté qui s'est exprimée, d'une manière ou d'une autre, et non une autre volonté restée secrète" (Cl. WITZ, o.c., 1992, p.103, n°103).

²²⁶ Le § 157 précise que "les contrats doivent être interprétés comme l'exige la bonne foi, eu égard aux usages admis".

²²⁷ Le § 116, qui concerne la réserve secrète (*Geheimer Vorbehalt*), énonce qu'"une déclaration de volonté n'est pas nulle par cela seul que l'auteur de la déclaration se réserve intimement de ne pas vouloir ce qu'il déclare. La déclaration est nulle lorsqu'elle doit être adressée à une autre personne et que celle-ci a connaissance de la réserve".

²²⁸ LARENZ, *Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, § 19.

En outre, et cela n'est plus discutable, l'exigence de bonne foi bénéficie d'une reconnaissance particulièrement forte en droit allemand. On la trouve consacrée dans le § 242²²⁹, mais également, en matière d'offre, et sous sa fonction interprétative, dans le § 157 selon lequel *"les contrats doivent être interprétés comme l'exigent la bonne foi et l'intention des parties déterminée d'après les usages"*.

D. La formation du contrat par la rencontre entre une offre et une acceptation

97.- Le droit allemand envisage tout contrat comme un accord de volontés, découlant nécessairement - et exclusivement - de la rencontre entre une offre et une acceptation concordantes quant à leur objet. Ainsi les règles du BGB restent pleinement tributaires de la conception classique de la formation des contrats, imposant de la sorte aux juges désireux d'en reconnaître la réalité de nécessairement traduire la situation réelle en ces deux étapes sans lesquelles pareille conclusion ne pourrait être reçue.

II. L'offre

A. Notion

1. Définition

98.- Le contrat est défini, par la doctrine allemande, comme un accord de volontés intervenu entre deux ou plusieurs parties et destiné à produire des effets juridiques. Il implique donc nécessairement qu'une des parties ait déclaré à l'autre son intention de s'engager par un accord contraignant et que le destinataire de cette proposition ait, corrélativement, déclaré vouloir également qu'il en soit ainsi. En ce sens, tout contrat présuppose la succession dans le temps de deux déclarations réciproques de volonté (*Willenserklärungen*) portant sur la conclusion d'un accord juridiquement obligatoire²³⁰.

L'offre (*der Antrag* ou *das Angebot*) se présente alors comme *"une déclaration de volonté sujette à réception par laquelle la conclusion du contrat est proposée à autrui de manière telle que la naissance de la convention ne dépend plus que de l'accord pur et simple d'autrui"*²³¹. Cette définition renvoie en réalité à l'article 145 BGB qui parle de *"celui qui*

²²⁹ Selon cette disposition, *"le débiteur a l'obligation de fournir la prestation comme l'exige la bonne foi compte tenu des usages"*.

²³⁰ M. PEDAMON, *o.c.*, p. 47. Le BGB ne définit en effet pas la notion d'offre et s'attache immédiatement, aux §§ 145 et suivants, aux effets de celle-ci.

*propose à autrui la conclusion d'un contrat*²³² ("Abschluß eines Vertrages"). Elle est intéressante, non seulement en ce qu'elle insiste, dans ses termes mêmes, sur la nécessité de la réception de l'offre par son destinataire, mais également sur la nécessaire correspondance entre les volontés.

2. Eléments constitutifs

99.- L'offre doit être "*déterminée ou déterminable*" et "*elle requiert la volonté de son auteur d'être lié juridiquement, puisque le contrat présuppose une telle volonté des deux parties*"²³³. Elle doit ainsi être ferme, précise et complète. Le principe est, nous l'avons vu, également certain en droits belge et français.

En outre, tout comme en Belgique, l'exigence d'une volonté définitive permet de distinguer le stade des pourparlers préparatoires - en eux-mêmes dépourvus de toute force obligatoire pour les parties, lesquelles restent ainsi soumises au principe de la liberté de conclure ou non le contrat - de celle de l'offre²³⁴. Il y a certes une différence de degré, mais elle est fondamentale lorsque l'on accepte, comme c'est le cas dans ces systèmes, que l'offre jouisse d'une force obligatoire pour celui qui l'émet.

100.- La présence d'une volonté ferme et sérieuse sera dégagée, par le juge, à partir de la volonté de l'offrant telle qu'elle transpire des circonstances de l'espèce. Cette manière de procéder, pour les avantages incontestables qu'elle présente, notamment en se départissant de toute analyse de l'existence d'une cause ou d'une *consideration*, n'est cependant pas parfaite. Comme le relevaient fort justement B. S. MARKESINIS, W. LORENZ et G. DANNEMANN, "(...) *Thus to say that the declared intention will prevail and, in its absence, the objective intention of the parties will form the basis of the determination of any disputes that may arise between them, is often a way of leaving it to the judge to determine the issue*

²³¹ Cl. WITZ, *Droit privé allemand, 1. Actes juridiques, Droits subjectifs*, Litec, Paris, 1992, p.132, n°142. V. également M. PEDAMON, *o.c.*, p. 32.

²³² Article 145. Force obligatoire de l'offre (*Bindung an den Antrag*)
"*Quiconque propose à autrui de conclure un contrat est lié par son offre à moins qu'il n'ait exclu cette sujétion.*"

²³³ Cl. WITZ, *o.c.*, p.132-133.

²³⁴ Notons en outre que le § 118 du BGB, relatif aux déclarations de volonté, précise quant à lui que "*est nulle la déclaration non sérieuse donnée dans l'attente que le défaut de caractère sérieux ne sera pas méconnu*". Le § 122, relatif quant à lui à la responsabilité du déclarant, énonce que "*si une déclaration de volonté est nulle d'après le § 118 (...), le déclarant, lorsqu'elle devait être faite à un autre, doit indemniser celui-ci, sinon tout intéressé, du dommage que l'autre partie ou le tiers éprouve pour avoir cru à la validité de la déclaration ; néanmoins, l'indemnité ne peut excéder la valeur de l'intérêt que l'autre partie ou le tiers ont à la validité de la déclaration. L'obligation d'indemnisation n'a pas lieu lorsque la personne lésée connaissait la cause de nullité ou de l'annulabilité ou lorsqu'elle l'ignorait par négligence (lorsqu'elle devait la connaître)*".

after the conclusion of a trial ; it may also give him the power to attribute intentions to the parties which may not have been there in the first place"²³⁵.

101.- L'exigence de précision que doit contenir l'offre rapproche également la conception allemande des droits belge et français. En effet, seuls doivent se trouver mentionnés les éléments essentiels du contrat projeté^{236,237}, les éléments de détail pouvant quant à eux être renvoyés à une détermination ultérieure. Pour ce qui concerne en particulier le contrat de vente, une spécification de la chose et du prix suffit. L'on admet cependant, concernant plus particulièrement le prix, que celui-ci soit déterminé ultérieurement "*by the parties themselves acting freely (in freiem Ermessen) or equitably (in billigen Ermessen), or by the court acting in accordance with § 315 III du BGB*"²³⁸.

102.- Le droit allemand dénie en principe la qualité d'offre aux propositions faites au public. Selon la jurisprudence et la doctrine allemandes, en effet, même lorsqu'une déclaration définit les éléments essentiels du contrat à conclure, elle ne peut être qualifiée d'offre lorsqu'elle est faite à un nombre indéterminé de personnes. Sur ce point, aucune distinction n'est faite selon qu'il s'agit d'envois publicitaires, d'objets dans une vitrine de magasin²³⁹...

Cette position, qui n'est pas celle choisie par le législateur suisse (article 7, alinéa 3 COS), est justifiée par les auteurs allemands par des considérations de bon sens selon lesquelles une personne raisonnable ne pourrait accepter d'être liée alors qu'elle ne sait, au moment où elle émet sa proposition, si son stock sera suffisant et/ou si le destinataire est capable de payer

²³⁵ B. S. MARKESINIS, W. LORENZ et G. DANNEMANN, *o.c.*, p.82-83 citant deux décisions à titre d'exemple.

²³⁶ M. PEDAMON, *o.c.*, p. 32 ; B. S. MARKESINIS, W. LORENZ et G. DANNEMANN, *o.c.*, pp. 48 et suivantes selon lesquels "*an offer must be precise and complete as to the essential elements of the proposed contract which means that it need not be complete as to all the detailed terms which the parties themselves may be willing to leave for subsequent determination*".

²³⁷ Notons que, en droit allemand, la détermination du prix est soumise à une certaine souplesse pour autant que la bonne foi soit respectée (ATF 100/1974 II (MOREL C. STEIGER) JdT, 1975, I, 609 qui fut critiqué par certains auteurs, mais cependant confirmé ultérieurement : ATF 108/1982 II 112 (GANTSCHI C. SCHWAB) = Jdt 1982 I 531 avec une note, cités par W.A. STOFFEL, *o.c.*, p.62, n°20).

²³⁸ B. S. MARKESINIS, W. LORENZ et G. DANNEMANN, *o.c.*, p.48 citant notamment BGHZ 41, 271 ; OLG Hamm NJW 1976, 1212.

L'article 315 est libellé comme suit :

"Lorsque la prestation doit être déterminée par l'une des parties contractantes, il y a lieu d'admettre, dans le doute, que cette détermination doit être faite d'après une appréciation équitable.

La détermination est faite par déclaration adressée à l'autre partie.

Lorsque la détermination doit avoir lieu d'après une appréciation équitable, la détermination arrêtée ne lie l'autre partie que si elle répond à l'équité. Si elle ne répond pas à l'équité, elle est fixée par une décision en justice ; il en est de même lorsque la détermination est retardée".

²³⁹ B. S. MARKESINIS, W. LORENZ et G. DANNEMANN, *o.c.*, p.49 citant notamment, quant à la jurisprudence, RG JW 1919, 325 ; RGZ 133, 388, 391 et, quant à la doctrine, LARENS, *Allgemeiner Teil*, para. 27, I, a et FLUME, *Allgemeiner Teil*, Vol. II, para.35, I, 1.

effectivement le prix²⁴⁰. Ainsi, ce sera le consommateur qui, dans ce système, revêtera en principe la qualité d'offrant, le vendeur ayant la possibilité d'accepter ou de rejeter son offre. Les réserves implicites suppriment ainsi toute fermeté à l'offre. Les réserves implicites contenues dans l'offre publique permettent dès lors de dépouiller celle-ci de toute fermeté. Ce faisant, le droit allemand s'inscrit dans une perspective plus rigoureuse que celle reçue en droits belge et français, lesquels ne voient en règle pas dans la présence de telles réserves un obstacle absolu au maintien de la qualité d'offre de la proposition émise.

En ce qui concerne les ventes aux enchères, le § 156 précise expressément que dans de telles ventes, *"la convention n'est parfaite que par l'adjudication. L'enchère disparaît par la surenchère ou lorsque la réception des enchères est close sans adjudication"*.

B. Les effets de l'offre

1. Le principe : la force obligatoire de l'offre

103.- L'offre est, en droit allemand tout comme en droit belge, irrévocable (§§ 130, alinéa 1^{er}²⁴¹ et 145 du BGB). Elle constitue un acte unilatéral engageant celui qui l'émet²⁴², et, à ce titre, a en elle-même force obligatoire. Le §145 du BGB dispose en effet que *"quiconque propose à autrui la conclusion d'un contrat est lié par son offre, à moins qu'il n'ait exclu cette sujétion"*.

104.- L'irrévocabilité de l'offre est justifiée, non par la force de l'engagement unilatéral de volonté comme c'est le cas en droit belge, mais bien par un souci de protection de l'acceptant²⁴³. Ainsi paraît-il parfaitement logique que si une personne prend l'initiative de proposer à autrui la conclusion d'un contrat, elle soit tenue par cette proposition, d'autant plus lorsque celui à qui elle s'est adressée n'a rien demandé. Si une personne rend publique l'intention d'être liée à autrui en cas d'acceptation, le droit allemand présuppose que celle-ci a réfléchi, avant d'émettre cette proposition, aux conséquences d'un tel engagement²⁴⁴ et qu'elle

²⁴⁰ Cl. WITZ, *o.c.*, p.134, n°144 et les références citées aux notes 12, 13 et 14 ; M. PEDAMON, *o.c.*, p. 32 et les références citées ; B. S. MARKESINIS, W. LORENZ et G. DANNEMANN, *o.c.*, p.49.

²⁴¹ Le § 130, alinéa 1^{er} énonce que *"une déclaration de volonté qui doit être émise envers une autre personne devient efficace, à supposer qu'elle soit faite pendant l'absence de cette personne, au moment où elle lui parvient. Elle n'est pas efficace lorsqu'une révocation parvient à l'autre personne antérieurement ou en même temps"*. Il poursuit en considérant que *"si le déclarant meurt ou devient incapable d'exercer ses droits, ces faits n'influent pas sur l'efficacité de la déclaration de volonté"* (alinéa 2).

²⁴² A. RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droits civils français et allemand*, Thèse, Strasbourg, 1961, L.G.D.J., pp. 83 et suivantes, n° 81 et suivants.

²⁴³ Cl. WITZ, *o.c.*, p.135, n°145.

doit dès lors assumer les attentes qu'elle a suscitées dans le chef de celui à qui elle s'est adressée. Ainsi, *"the binding effect of the offer is a requirement of commerce. If someone receives an offer, he must be able to count on a contract arising when he on his side makes a timely acceptance of the offer"*²⁴⁵.

105.- Le principe de l'irrévocabilité de l'offre n'est cependant pas absolu. L'autonomie des volontés autorise en effet l'offrant à faire état d'une volonté contraire (§ 145 BGB). Ainsi, si l'effet obligatoire de l'offre est le principe, l'offrant peut lui-même dénier à sa proposition une telle qualité.

106.- La question s'est alors posée de savoir s'il suffisait que le pollicitant stipule que son offre est faite sans engagement (*"freibleibend"* ou *"unverbindlich"*).

Deux interprétations se sont dégagées. Selon une première, cette stipulation jouerait uniquement sur l'élément subjectif de l'offre, à savoir la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation. Dans cette hypothèse, il n'y aurait en réalité aucune offre au sens juridique du terme, mais uniquement une *invitatio ad offerendum*²⁴⁶. Suivant cette conception encore, le principe de *bonne foi* (*"Treu und Glauben"*) imposera cependant au proposant d'avertir l'autre partie s'il désire mettre un terme à sa proposition. Cette thèse était celle défendue par la jurisprudence du Reichsgericht²⁴⁷. Selon une seconde tendance, au contraire, cette stipulation, tout en marquant la volonté de son auteur d'être lié - et donc il s'agit bien d'une offre si l'élément objectif est présent - atteste cependant de sa volonté de pouvoir se libérer. Dans cette seconde interprétation, qui est aujourd'hui celle qui prévaut, il y a bien offre, mais celle-ci serait révocable, voire même un contrat dont une partie se réserverait la faculté de se retirer pour autant qu'elle soit exercée promptement et dans le respect de la bonne foi²⁴⁸. Tout dépendra en réalité des circonstances de l'espèce. Le Bundesgerichtshof semble par ailleurs avoir admis cette seconde interprétation dans un arrêt du 3 avril 1984²⁴⁹.

²⁴⁴ P.V.D. MARSH, "Termination of Offers and Withdrawal from Negotiations", in *Comparative Law*, 1996, spécialement pp. 63-64.

²⁴⁵ VON MEHREN et GORDLEY, *The Civil Law Systems*, 2^{ème} édition, 1977, pp. 877-878 cité par B. S. MARKESINIS, W. LORENZ et G. DANNEMANN, *o.c.*, p.50-51.

²⁴⁶ ZWEIGERT et KÖTZ, *o.c.*, 362.

²⁴⁷ V. RGZ 102, 227 ; RGZ 105, 8, 12 cités notamment par B. S. MARKESINIS, W. LORENZ et G. DANNEMANN, *o.c.*, p.51.

²⁴⁸ B. S. MARKESINIS, W. LORENZ et G. DANNEMANN, *o.c.*, p.51.

²⁴⁹ BGH, 8.3.1984, *NJW*, 1984, 1885 cité par C. WITZ, *o.c.*, p.136, n°145 : Une société de tourisme avait émis un appel d'offres portant sur l'affrètement d'un avion. Une autre société répond et propose une caravelle disponible pour l'été suivant. Elle stipule cependant que cette offre est *"freibleibend entsprechend userer verfügbarkeit"*, c'est-à-dire faite sans engagement et sous réserve de disponibilité. Quelques mois plus tard, elle refuse la mise à disposition de la caravelle et invoque un manque de disponibilité. La Haute Cour allemande considère qu'il

2. Durée de la force obligatoire de l'offre

107.- L'offre doit être maintenue par celui qui l'émet. Lorsque les parties sont en présence l'une de l'autre ou qu'elles ont recours à des modes de communication instantanés tels que le téléphone, le législateur pose pour règle que l'offre doit être acceptée immédiatement (§§ 147²⁵⁰ I 2 BGB). À défaut, elle devient en principe caduque. Lorsqu'au contraire, les parties ne sont pas en présence, la doctrine, suivie en cela par la jurisprudence, enseigne que l'offre doit être acceptée par son destinataire dans le délai fixé par l'offrant (§ 148 BGB) ou, à défaut d'une telle fixation, dans un délai "*raisonnable*" au regard des circonstances (§ 147 II BGB)²⁵¹. L'offrant ne pourra ainsi retirer son offre jusqu'à la date à laquelle il peut s'attendre, dans des circonstances normales, à l'arrivée de la réponse. La doctrine considère que, dans l'appréciation de ce dernier délai, le juge devra également tenir compte des éléments particuliers dont le pollicitant pourrait avoir eu connaissance et qui étaient de nature à retarder la réponse²⁵². La conséquence de cette règle est importante car l'on sait qu'en vertu du § 150, alinéa 1^{er}²⁵³, toute acceptation qui parvient à l'offrant en dehors du délai équivaut en principe à une nouvelle offre que le pollicitant originaire sera libre d'accepter ou non.

108.- Le § 149 du BGB²⁵⁴ envisage cependant une hypothèse particulière qui est celle où le destinataire de l'offre a envoyé son acceptation dans le délai, mais où en raison de

s'agissait en l'espèce bien d'une offre (et non d'une *invitatio ad offerendum*), mais que celle-ci était faite sous réserve d'une révocation.

²⁵⁰ Selon cette disposition, "*l'offre faite à une personne présente ne peut être acceptée qu'immédiatement. Il en est de même d'une offre faite de personne à personne par téléphone. L'offre faite à un absent ne saurait être acceptée que jusqu'à la date à laquelle le pollicitant peut, dans des circonstances normales, attendre l'arrivée de la réponse*".

B. S. MARKESINIS, W. LORENZ et G. DANNEMANN, MARKESINIS, W. LORENZ et G. DANNEMANN, *o.c.*, p.50, lesquels relèvent que "*In deciding this, one must take into account the offeror's expectations, the time needed for this offer to reach the offeree, the time necessary for the latter to accept (including, where appropriate, the need to make enquiries or test samples, etc.) and, generally, prepare an appropriate reply. Circumstances likely to delay a reply and known to the offeror (e.g. the offeree's absence from his office, illness, strikes, etc.) must also be taken into account in determining the periode during which the offer remains 'open'*". V. également A. RIEG, *o.c.*, 1961, p. 83, n°82, selon qui importeront également, et notamment, les causes "*exceptionnelles*" de retard (*aussergewöhnliche Verzögerungsgründe*) "*comme l'absence du destinataire, une inondation, l'état de guerre*", lesquels peuvent "*proroger la durée du délai à condition que l'offrant ait été au courant de ces causes de retard*".

²⁵² M. PEDAMON, *o.c.*, p. 32.

²⁵³ Selon le § 150, alinéa 1^{er}, "*l'acceptation tardive d'une offre est considérée comme une offre nouvelle*".

²⁵⁴ Le § 149 est libellé comme suit :

"*Lorsqu'une déclaration d'acceptation, parvenue au pollicitant avec retard, a été expédiée de telle sorte qu'elle lui serait parvenue en temps utile si son acheminement avait été régulier, et lorsque le pollicitant a dû connaître ces circonstances, il est tenu de signaler ce retard à l'acceptant immédiatement après la réception de la déclaration, à moins qu'il ne l'ait déjà fait. S'il est en retard dans l'expédition de cette information, l'acceptation n'est pas considérée comme arrivée en retard*".

circonstances extérieures à sa volonté, celle-ci n'est parvenue à l'offrant que tardivement. Dès lors qu'il est établi que l'offrant aurait raisonnablement dû connaître la survenance de ces dernières, la réponse, bien que "tardive", équivaut malgré tout à une acceptation à moins que, sans délai, l'offrant ne notifie à son auteur que celle-ci est tardive et que le contrat ne peut être conclu. Nous verrons que les instruments internationaux récents ont également eu égard à cette situation.

Il est également intéressant de constater que la jurisprudence allemande nuance ce principe lorsque le retard de l'acceptation est minime. *"Such a (minutely) late acceptance will, in principle, make the offeror's offer lapse according to the general rules ; but it may also put him under an obligation to respond instantly if he does not which to accept this counter-offer. Thus, contrary to the general rule that silence cannot normally amount to acceptance, in such cases the original offeror's silence may thus end up by binding him to this slightly delayed acceptance which has now become a counter-offer"*²⁵⁵. Cette interprétation extensive du § 149 n'est cependant admise que dès lors que l'offrant n'a pas mentionné de délai préfix et que le destinataire de l'offre a immédiatement répondu à celle-ci²⁵⁶.

3. La rétractation de l'offre

109.- Le § 130 alinéa 1^{er}, relatif à la prise d'effet des déclarations unilatérales de volonté, précise que *"la déclaration de volonté qui doit être faite vis-à-vis d'un autre produit effet au moment où elle lui parvient lorsqu'elle a lieu en son absence. Elle reste sans effet si auparavant ou en même temps une rétractation parvient à l'autre partie"*.

Ce faisant, le BGB admet expressément que les déclarations de volonté, et donc également les offres, puissent être rétractées jusqu'au moment où elles prennent effet. Ce principe est identique à celui que nous avons trouvé en droits belge et français, mais présente l'avantage d'une consécration légale.

4. Caducité de l'offre

110.- Le § 130, alinéa 2 du BGB dispose expressément que le décès et l'incapacité n'ont pas d'effet sur la déclaration de volonté²⁵⁷. Le principe s'applique à l'offre et est par ailleurs expressément confirmé par le § 153 du BGB selon lequel *"la naissance du contrat n'est pas*

²⁵⁵ B. S. MARKESINIS, W. LORENZ et G. DANNEMANN, *o.c.*, p.50-51

²⁵⁶ V. également R.B. SCHLESINGER, *Formation of contracts*, II, 1568, note 18.

²⁵⁷ Selon l'alinéa 2 du § 130, en effet, *"si le déclarant meurt ou devient incapable d'exercer ses droits, ces faits n'influencent pas la validité de la déclaration de volonté."*

empêchée par le fait que l'auteur de l'offre meurt ou devient incapable d'exercer ses droits avant l'acceptation, à moins qu'il n'y ait lieu d'admettre une autre volonté de la part de l'auteur de l'offre ²⁵⁸.

La nuance contenue dans le dernier alinéa vise l'hypothèse particulière des contrats *intuitu personae*, pour lesquels la survenance du décès ou d'une cause d'incapacité éteignent l'offre et libèrent celui qui l'a émise.

La doctrine allemande explique cette solution par le fait que la déclaration de volonté existe dès qu'elle est émise, et ce même si sa prise d'effets est subordonnée à sa réception par son destinataire. *"Il importe donc peu que le déclarant décède ou soit frappé d'incapacité après avoir lancé sa déclaration dans la circulation ; ces circonstances empêcheraient la déclaration d'être valablement émise, mais sont ici indifférentes parce que, par hypothèse, l'émission a déjà eu lieu"* ²⁵⁹.

111.- D'autres causes de caducité existent. Premièrement, et conformément au § 150, alinéa 1^{er}, l'acceptation tardive équivaut en principe à une nouvelle offre entraînant le rejet de la première²⁶⁰. Ensuite, l'offre devient également caduque lorsqu'elle est refusée par son destinataire (§ 146²⁶¹). Il en sera de même si l'acceptation diverge de l'offre, auquel cas elle s'entend comme une contre-offre engendrant l'anéantissement de celle qu'elle suit (§ 150, alinéa 2²⁶²).

III. L'acceptation

A. Forme de l'acceptation

112.- L'acceptation (*Annahme*) se présente comme une déclaration de volonté faite sans réserve et concordant avec les termes de l'offre qu'elle entend rencontrer²⁶³.

²⁵⁸ Sur ce point, voyez pour le surplus Cl. WITZ, *o.c.*, p.138-139, n°148 ; B. S. MARKESINIS, W. LORENZ et G. DANNEMANN, *o.c.*, p.51.

²⁵⁹ A. RIEG, *o.c.*, 1961, p. 66, n°62.

²⁶⁰ Selon le 1^{er} alinéa de cette disposition, en effet, *"l'acceptation tardive d'une offre vaut comme une offre nouvelle."*

²⁶¹ Selon le § 146, *"l'offre disparaît lorsqu'elle est refusée vis-à-vis de l'offrant ou n'a pas été acceptée, vis-à-vis de lui, en temps utile, conformément aux articles 147 à 149"*.

²⁶² Selon cet alinéa, *"l'acceptation avec additions, restrictions ou autres modifications vaut comme refus lié à une offre nouvelle"*.

²⁶³ M. PEDAMON, *o.c.*, 1993, p. 33.

113.- Tout comme dans les autres droits précédemment analysés, les déclarations de volontés ne sont en principe soumises, en droit allemand, à aucune condition particulière de forme²⁶⁴. Le consensualisme étant la règle, ni l'offrant ni l'acceptant ne sont tenus par l'accomplissement d'une quelconque formalité pour que leurs déclarations de volonté prennent effet²⁶⁵ à moins, bien entendu, que la loi²⁶⁶, ou les parties, n'aient entendu y déroger. L'acceptation consistera donc en toute déclaration de volonté, sujette à réception, et portant l'accord de celui qui l'émet sur les éléments contenus dans l'offre.

114.- Ce consentement du destinataire de l'offre pourra être tant un acte actif que passif dès lors qu'il une valeur "*déclarative*" peut lui être attribuée, c'est-à-dire s'il est le témoin d'une volonté certaine "*soit en raison de la conception générale des affaires, soit en raison des circonstances de l'espèce*"²⁶⁷.

115.- Tout comme les droits français et belge, le droit allemand considère que le silence ne manifeste en principe aucune volonté précise. Il en est ainsi également en matière commerciale²⁶⁸.

116.- Une série d'exceptions - d'origine légale ou coutumière - nuancent cependant le principe ainsi posé, exceptions dont certaines sont d'une portée considérable.

117.- Pour ce qui est de la loi, tout d'abord, il convient de relever que certaines dispositions du BGB présument que, dans des circonstances particulières, le fait de garder le silence peut être interprété comme une acceptation. Il en est ainsi, par exemple, lorsque le donataire potentiel ne réagit pas à une offre de donation (§516) ou lorsque l'acheteur tenu d'inspecter les marchandises reste inactif après le délai fixé ou à l'échéance d'un délai raisonnable (§ 496). D'autres dispositions affirment le même principe (§§ 568, 581, alinéa2 et 625 du BGB).

Plus fréquentes d'application sont les dispositions du code de commerce, et particulièrement les §§ 346 et 362. Selon ces dispositions, en effet, les actes ou omissions ont en général les effets que les usages et la bonne foi leur attribuent. Dès lors, dans des circonstances déterminées, un usage commercial peut parfaitement accorder un effet juridique au silence.

²⁶⁴ A. RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, L.G.D.J., Paris, 1961, p. 38, n°27.

²⁶⁵ B. S. MARKESINIS, W. LORENZ et G. DANNEMANN, *o.c.*, p.78-79.

²⁶⁶ Ainsi, par exemple, en vertu du § 932, l'acceptation d'une donation doit nécessairement être expresse.

²⁶⁷ A. RIEG, *o.c.*, 1961, p.38-39, n°28.

²⁶⁸ Cf. WITZ, *o.c.*, p.148 et suivantes, n°164 et suivants ; M. PEDAMON, *o.c.*, 1993, p.36-37 ; B. S. MARKESINIS, W. LORENZ et G. DANNEMANN, *o.c.*, p.58-59 ; P.V.D. MARSH, *Comparative Law*, p. 75.

Est principalement visée l'hypothèse où un commerçant dont la profession consiste à "*prendre soin des affaires d'autrui*" - c'est-à-dire une personne qui accomplit des actes pour le compte d'autrui - et qui est sollicité par un tiers avec qui il se trouve en relations courantes d'affaires en vue d'accomplir des actes de gestion (§362, alinéa 1^{er} du code de commerce)²⁶⁹. Ces exemples sont à rapprocher des solutions admises en droits belge et français où l'offre faite dans l'intérêt exclusif de son destinataire (1^{ère} hypothèse) ou faite dans le cadre de relations courantes d'affaires (2^{ème} hypothèse). En matière commerciale, plus particulièrement, le commerçant allemand est ainsi contraint de répondre sans délai aux offres qui lui sont adressées lorsqu'il a noué avec le pollicitant des relations suivies. La disposition légale garde cependant un caractère limité car elle ne profite pas à tout professionnel, mais uniquement à ceux engagés dans des relations commerciales suivies avec un client. Nous avons vu que, sur ce point, les droits belge et français autorisent une solution plus large.

118.- Là où le législateur n'est pas intervenu, la jurisprudence a, moyennant le respect de certaines conditions²⁷⁰, admis une même conséquence de l'usage consistant en l'envoi de lettres de confirmation²⁷¹. Si, suite à des négociations et un contrat verbal, un des négociateurs prend la plume et acte dans un document écrit les éléments qu'il considère comme faisant partie de la convention conclue (lettre de confirmation), le destinataire de la lettre qui ne réagit pas au courrier est présumé, et de manière irréfragable, avoir accepté son contenu, de sorte que les éléments qu'il contient font partie intégrante du contrat²⁷². Cette conséquence particulièrement rigoureuse de la doctrine du "*silence éloquent*" est déduite, par la jurisprudence, du § 346 du code de commerce (HGB).

Il a ainsi par exemple été jugé que l'absence de réaction dans un délai de trois jours constitue une acceptation du contrat, lequel est alors conclu aux conditions stipulées dans la lettre de confirmation²⁷³.

Il est intéressant de noter que, contrairement au droit allemand - qui voit dans la lettre de confirmation -, un mode de conclusion de la convention, la Convention de Vienne et le droit suisse ne lui accordent une telle portée qu'exceptionnellement. Il en sera ainsi, dans le système

²⁶⁹ Cl. WITZ, *o.c.*, p.149, n°165 explicite chacune des conditions imposées pour que la présomption joue. Il cite également des exemples de personnes entrant dans les critères définis par cette disposition ("*commissionnaires, les administrateurs de biens et les fiduciaires (...) les banques et les agents de change 'opérant' pour le compte de leurs clients des paiements, virements, encaissements*" ou "*acquérant et gérant des valeurs mobilières*").

²⁷⁰ Cl. WITZ, *o.c.*, n°167.

²⁷¹ Cl. WITZ, *o.c.*, p.149, n°165 ; B. S. MARKESINIS, W. LORENZ et G. DANNEMANN, *o.c.*, p.60 citant BGH NJW 1974, 991. Comme le relève Cl. Witz, le juge amené à trancher le litige recherchera non pas si un contrat a effectivement été conclu, mais bien si des négociations ont été entamées.

²⁷² D. BEN ABDERRAHMANE, *o.c.*, p. 67 ; A. RIEG, *o.c.*, 1961, p. 52.

²⁷³ Cl. WITZ, *o.c.*, p.149, n°165

de la Convention de Vienne, lorsqu'une telle interprétation se dégage des "*usages acceptés*" par les parties ou des "*habitudes établies entre elles*" (article 9, alinéa 1²⁷⁴). De même, le droit suisse y voit tout au plus une "*pièce justificative contre laquelle le destinataire, d'après les règles de la bonne foi, aurait dû protester si elle ne correspondait pas à la réalité*"²⁷⁵.

119.- En outre, et plus largement, la jurisprudence admet que si le principe posé veut que le silence n'exprime aucune volonté²⁷⁶, il peut exceptionnellement présenter une valeur "*déclarative*" lorsque la bonne foi dicte pareille conclusion²⁷⁷. Comme le relevait A. RIEG, "*toute la construction jurisprudentielle allemande est donc axée sur le principe de bonne foi ou, si l'on veut, de croyance légitime de l'offrant*"²⁷⁸. En conséquence, la jurisprudence admet que le silence gardé suite à une offre verbale adressée à une personne présente pourra légitimement être lu comme une acceptation. Entre absents, au contraire, il ne recevra cette vertu que dans des circonstances particulières, comme lorsqu'existe entre les parties des relations suivies d'affaires²⁷⁹.

120.- Contrairement à ce qu'admettent les juges belges et français, cependant, l'absence de protestation suite à la réception d'une facture ne vaut pas acceptation des termes nouveaux dérogeant au droit commun qui y sont insérés. C'est ici aussi l'exigence de bonne foi qui, selon la doctrine, justifie pareille solution : "*Le vendeur ne mérite pas d'être protégé, il use d'un procédé qui n'est pas conforme à la bonne foi*"²⁸⁰.

121.- Le § 151 admet enfin que l'acceptation prenne effet au moment de son extériorisation lorsqu'il s'agit d'une acceptation résultant de l'accomplissement d'un acte²⁸¹. Ce faisant, cette

²⁷⁴ Selon cette disposition, en effet, "*les parties sont liées par les usages auxquels elles ont consenti et par les habitudes qu'elles se sont établies entre elles*".

²⁷⁵ W.A. STOFFEL, *o.c.*, p.68.

²⁷⁶ A. RIEG, *o.c.*, 1961, p.46.

²⁷⁷ La première consécration de ce principe par le Reichsgericht date du 23 novembre 1926, RGZ 115-266, n°26 cité par A. RIEG, *o.c.*, 1961, p.51, note 52. L'auteur reprend ici, en français, les termes de la haute juridiction. Selon celle-ci, en effet, "*(...) la conception de la juridiction d'appel, d'après laquelle il n'y avait pas d'acceptation dans le silence du demandeur parce qu'immédiatement après il a protesté contre la déclaration du représentant de la défenderesse, est juridiquement fautive. Certes, le silence ne vaut acceptation que lorsqu'il peut avoir cette signification d'après le principe de bonne foi. Mais pour savoir si tel est le cas, il ne faut pas se fonder, spécialement dans l'hypothèse de pourparlers verbaux, sur l'attitude ultérieure de celui qui a gardé le silence, mais sur les circonstances existant au moment des pourparlers. Si, eu égard à ces dernières, le cocontractant pouvait attacher au silence la valeur d'une acceptation, une convention est née ... dont le demandeur ne pouvait plus, même immédiatement après, se dégager unilatéralement*".

²⁷⁸ A. RIEG, *o.c.*, 1961, p. 51, n°44.

²⁷⁹ A. RIEG, *o.c.*, 1961, p. 51, n°44.

²⁸⁰ A. RIEG, *o.c.*, 1961, p. 53, n°45. L'auteur cite un ancien arrêt faisant application de ce principe : Reichsgericht, 4 juillet 1902, RGZ, 52-133, n°35.

disposition, applicable au silence, repose sur l'idée que le consentement du destinataire de l'offre ne doit pas nécessairement se fonder dans une déclaration de volonté adressée à l'offrant originaire²⁸². Par dérogation au § 130, alinéa 1^{er} du BGB, la déclaration prend ainsi effet indépendamment de sa réception par l'offrant. Sont visées toutes les hypothèses où le *comportement* de l'acceptant suffit, par exemple par le fait qu'il exécute la commande qui lui parvenue. A titre d'exemples, Cl. WITZ fait ici référence à deux usages en particulier, celui de la vente par catalogue - où l'expédition des marchandises marque l'acceptation - et celui de "la réservation tardive d'une chambre d'hôtel" où "l'acceptation peut se manifester par une inscription dans le registre des réservations des chambres"²⁸³.

122.- Un lien nous paraît pouvoir être ici tracé avec une théorie doctrinale ancienne prétendant conceptualiser cette possibilité pour les parties de se lier par leurs comportements et dégager les règles applicables à de telles situations juridiques.

Il ne fait aucun doute qu'en droit allemand, tout comme dans les autres droits, les déclarations de volonté peuvent se manifester par des gestes ou des comportements et ne doivent pas nécessairement se fonder dans une déclaration de volonté au sens strict²⁸⁴. Ainsi, une série d'actes peuvent faire naître le contrat, comme le fait d'introduire une pièce dans un distributeur de boissons ou encore de monter dans un transport en commun. Ces exemples sont classiques et ne suscitent guère d'interrogations. Pourtant, une difficulté peut se présenter lorsque celui qui adopte le comportement refuse de se soumettre à la portée que "socialement" on lui accorde. Ainsi, que se passe-t-il lorsqu'une personne pose un acte qui peut objectivement être interprété comme une acceptation, alors qu'en réalité sa volonté n'est pas de conclure le contrat ?

La théorie des "*faktischer Verträge*", dégagée dans les années 40 par Günter HAUPT²⁸⁵, mais repoussée par la majorité des auteurs modernes²⁸⁶, entendait précisément répondre à cette

²⁸¹ Cl. WITZ, *o.c.*, p.140, n°150 ; P.V.D. MARSH, *Comparative Law*, pp. 74-75.

²⁸² Cl. WITZ relève (*o.c.*, p.141, n°150) que le Bundesgerichtshof a ainsi eu l'occasion d'appliquer le § 151 "à l'hypothèse de l'envoi par un fabricant d'un bon de garantie accompagnant la marchandise vendue". Celui-ci "a analysé l'envoi du bon de garantie comme une offre relative à la garantie du bien vendu ; en application des règles du § 151 BGB, le client n'a pas besoin de déclarer son acceptation".

²⁸³ Cl. WITZ, *o.c.*, p.141, n°150.

²⁸⁴ Cl. WITZ, *o.c.*, p.151, n°168.

²⁸⁵ Cité par Cl. WITZ, *o.c.*, p.152, n°168, note 91 sous la référence suivante : G. HAUPT, *Über faktische vertragsverhältnisse*, in *Festschrift für SIBER*, t.2, pp. 1 et suivantes.

²⁸⁶ Cl. Witz cite sur ce point les raisons pour lesquelles la doctrine actuelle refuse droit de cité à cette théorie. Elle objecte, premièrement, que le BGB imposerait expressément au juge d'isoler l'existence d'une offre et d'une acceptation. Elle avance, ensuite, l'inutilité de cette théorie dans la mesure où il est possible de dégager, même dans les situations qu'elle prétend appréhender, une déclaration de volonté à laquelle son auteur est tenu de se soumettre en vertu de l'exigence de bonne foi inscrite au § 242 du BGB.

question. Selon elle, l'auteur d'un tel comportement "*social typique*" (*sozialtypisches Verhalten*), c'est-à-dire d'un comportement qui est communément interprété comme une volonté de se soumettre aux effets juridiques de cette déclaration, doit subir les effets de l'apparence qu'il a générée. La volonté déclarée doit ainsi prévaloir sur la volonté intime.

Cette théorie, à supposer que l'on puisse la qualifier de telle, présente à notre sens comme mérite de consacrer la possibilité de dégager la réalité d'une relation contractuelle de l'accomplissement d'actes ou de faits suffisamment éloquents, ou de comportements sociaux typiques²⁸⁷, situations que l'économie de masse rend de plus en plus fréquentes. De tels contrats, dont l'existence n'est manifestée que par l'accomplissement d'actes d'exécution, sont alors qualifiés de "*factuels*" - ou de "*factices*" pour reprendre la terminologie de Cl. WITZ - parce qu'ils ne procèdent pas à proprement parler d'une déclaration concordante de celui qui accepte. Il en serait de même, selon la jurisprudence allemande, dans tous les cas où des personnes se comportent comme étant dans les liens d'un contrat, alors que celui-ci est nul²⁸⁸.

Il ne nous paraît pas justifié d'accorder davantage d'intérêt à cette thèse que celui de conceptualiser la possibilité pour les parties de s'engager tacitement, par des actes concluants, dans une relation contractuelle. Les droits français et belge vont par ailleurs également dans ce sens en concédant à l'apparence des effets juridiques indépendamment de la volonté réelle de celui qui adopte un tel comportement.

B. *La communication de l'acceptation*

123.- Le droit allemand exige que la déclaration de volonté soit communiquée à son destinataire pour lier celui qui l'émet (§ 130, alinéa 1^{er} du BGB)²⁸⁹. L'acceptation doit donc en règle être notifiée à l'offrant et ne prendra effet qu'au moment de sa réception par celui-ci. Comme le relèvent les auteurs, "*the offeree must not only accept the offer in his innermost*

Si la première objection ne nous paraît pas déterminante et à elle seule suffisante à rejeter cette thèse, la seconde, au contraire, est davantage pertinente. La réception, par les juges allemands, des notions d'actes "*concluants*" ou d'acceptation "*tacite*" (*Konkludente Annahme*) permet en effet de rencontrer les hypothèses envisagées par ce que G. HAUPT nommait "*contrat factice*". V. également B. S. MARKESINIS, W. LORENZ et G. DANNEMANN, *o.c.*, p.57 et les références citées.

²⁸⁷ V. BGHZ, 14-07-1956, BGHZ, 21, 319 cité par Cl. WITZ, ainsi que les références citées par M. PEDAMON, *o.c.*, p. 36 et notamment BGH 14 juillet 1956, BGHZ 21, 319 ; L.G. Bremen, 17 août 1966, NJW, 1966, 1360. V. cependant BGHZ, 7 janvier 1971, cité par Cl. WITZ, *o.c.*, p.153, n°168.

²⁸⁸ Nous verrons, lors de l'étude du droit suisse, que c'est dans cette hypothèse spécifique qu'une partie de la doctrine a transposé la théorie défendue par G. HAUPT. Cl. WITZ cite en effet comme exemple d'application jurisprudentielle le maintien d'obligations "*contractuelles*" malgré la disparition d'un contrat de travail ou d'un contrat de société. Dans ce cas, la théorie des contrats factices permet de limiter les restitutions réciproques consécutives à la dissolution du lien contractuel aux seuls effets futurs (*Ibidem*). V. *infra*, Titre II, Chapitre I, n° 170-171.

²⁸⁹ B. S. MARKESINIS, W. LORENZ et G. DANNEMANN, *o.c.*, p.56.

*mind ; he must also communicate this to the offeror. This is deemed to be complete when the acceptance reaches the sphere of influence of the offeror (...) The Common Law 'postal rule' is thus not adopted by the German Law, largely because the irrevocability of offers (made possible (...) by the absence of the doctrine of consideration) means that the offeree is sufficiently protected during a reasonable period after the offer has reached him. Incidentally, one must note that offer and acceptance are both declarations of will and thus treated identically : they produce their effect upon reaching the other party's sphere of influence"*²⁹⁰.

Il n'est fait exception à cette exigence de communication que dans le cas particulier visé par le § 151. Cette dernière disposition admet que le contrat soit parfait par l'acceptation de l'offre, sans que cette dernière ne doive être déclarée à l'offrant lorsque une telle déclaration n'est pas dans l'usage ou que l'offrant y a renoncé.

C. L'acceptation modalisée

124.- L'exigence d'une concordance parfaite entre les déclarations de volontés suscite d'importantes questions en droit allemand, principalement parce que celles-ci se composent de deux éléments indissociables : d'un côté, l'élément subjectif découlant de la volonté réelle (*der Wille*) et, d'un autre côté, sa composante objective qui en constitue la déclaration externe (*die Erklärung*). La correspondance entre l'offre et l'acceptation doit-elle s'attacher aux volontés intimes ou, au contraire, à l'expression qui peut objectivement être dégagée ?

En réalité, la question est résolue de manière nuancée par le droit allemand lequel ne pose, sur ce point, aucune règle générale. Tout dépendra en effet de la situation dans laquelle se trouvent les acteurs commerciaux²⁹¹.

En principe, l'acceptation doit être en tous points conforme à l'offre qu'elle entend rencontrer. Elle ne peut comporter aucune réserve ou condition. La concordance doit être parfaite et l'acceptation ne peut être que le reflet le plus exact de l'offre.

*"The acceptance must be free and unreserved, corresponding to the offeror's declared will ; and it must be communicated to the offeror"*²⁹².

La liberté de l'acceptation va de soi. Elle n'est en outre qu'une implication concrète du dogme de l'autonomie des volontés. Il se concevrait en effet difficilement, et sauf les exceptions

²⁹⁰ B. S. MARKESINIS, W. LORENZ et G. DANNEMANN, *o.c.*, p.56 citant BGH NJW RR 1989, 757. Comp. *Byrne and Co. V. Leon Van Tienhoven* (1880) 5 CPD 344 (*infra*).

²⁹¹ Nous reprendrons en substance les propos de M. PEDAMON, *o.c.*, pp. 37 et suivantes.

²⁹² B. S. MARKESINIS, W. LORENZ et G. DANNEMANN, *o.c.*, p. 54.

prévues par la loi²⁹³, que le destinataire d'une offre soit tenu d'acquiescer à la proposition qui lui a été faite.

125.- Plus intéressante est la condition relative à l'absence de réserve. L'acceptation doit en principe être pure et simple. La "*mirror image rule*" se trouve par ailleurs expressément consacrée par le § 150, alinéa 2 du BGB. Selon cette disposition, en effet, "*toute acceptation sous réserve d'addition, de restriction ou d'autres modifications vaut refus lié à une nouvelle offre*". Pour former le contrat, l'acceptation doit être conforme en tous points à l'offre et le défaut de concordance est rigoureusement sanctionné par le rejet de l'offre initialement avancée. Peu importe à cet égard que la divergence frappe un élément essentiel ou secondaire. Tous les éléments doivent avoir reçu l'agrément des deux parties pour faire partie intégrante du contrat et lui donner vie.

126.- La règle posée par le § 150 est cependant plus détaillée que cela et repose en réalité sur la combinaison d'une double distinction. Une première distinction est opérée entre le *dissentiment total* et le *dissentiment partiel*, selon que le désaccord des parties est complet - ou porte sur les éléments essentiels du contrat envisagé - ou limité à certains points accessoires seulement. Lorsque le désaccord est complet, et sauf volonté contraire²⁹⁴, le contrat ne peut être conclu, faute d'accord des parties sur les éléments essentiels²⁹⁵. Si, par contre, le désaccord ne porte que sur des éléments accessoires, il faut réserver un sort différent selon les parties ont ou non conscience de cette divergence.

Une seconde distinction se juxtapose alors à la première selon que l'on est en présence d'un dissentiment "ouvert" - ou conscient - (*Offener Dissens* - § 154) un dissentiment "fermé" - ou inconscient - (*Verstreckter Dissens* - § 155)²⁹⁶.

Dans le premier cas, si l'acceptation diverge de l'offre par des éléments essentiels (*Hauptpunkte*), aucun contrat ne peut avoir été conclu. Si, au contraire, le dissentiment porte sur un élément accessoire (*Nebenpunkte*), le juge est invité à rechercher la volonté réelle des parties à partir, notamment, des éléments de la cause ou par analogie au § 315. Le contrat ne sera donc pas dans tous les cas inexistant. Sa réalité pourra être reconnue dès qu'il ressort des

²⁹³ V. M. PEDAMON, *o.c.*, p. 34.

²⁹⁴ Il faut noter que cette "*volonté contraire des parties*" - c'est-à-dire la volonté de conclure le contrat malgré les divergences contenues dans leurs déclarations de volontés - peut se déduire des circonstances, comme, par exemple, s'il y a exécution du contrat. Dans ce cas, il sera suppléé aux points non convenus par la voie de l'interprétation de la volonté interne des parties, l'application des dispositions supplétives de la loi ou l'intervention du juge amené à compléter le contrat de façon équitable en vertu du § 315.

²⁹⁵ Cf. WITZ, *o.c.*, 1992, p.143-144.

²⁹⁶ B. S. MARKESINIS, W. LORENZ et G. DANNEMANN, *o.c.*, p. 55-56.

circonstances que les parties ont entendu être liées. Tel sera par exemple le cas lorsque l'une d'entre elles a posé un acte d'exécution²⁹⁷. En l'absence d'accord ultérieur, le juge pourra alors compléter le contrat par la voie de l'interprétation complétive (*ergänzende Auslegung*) ou en ayant recours au droit supplétif²⁹⁸. S'il ne peut dégager une telle règle, il lui appartiendra de poser la solution qui lui paraît la plus équitable, les parties étant présumées, selon la doctrine, l'avoir autorisé à prolonger leurs volontés²⁹⁹.

Mais la règle reste stricte. Dès lors que persiste un doute quant à la volonté des parties, le contrat sera présumé ne pas s'être formé (§ 154, alinéa 1^{er}). En effet, *"tant que les parties ne se sont pas accordées sur tous les points d'un contrat sur lesquels, fût-ce seulement d'après la déclaration d'une partie, un accord doit être conclu, le contrat en cas de doute n'est pas conclu. Une entente sur des points isolés n'est pas obligatoire alors même qu'elle aurait été consignée par écrit"*³⁰⁰. Dès lors, sur la base du § 154, le contrat pourra être considéré comme ne s'étant pas formé, et ce *"même si le dissentiment porte sur un élément insignifiant"*³⁰¹. Cette solution, favorable à l'autonomie des volontés, et encourageant les parties à joindre leurs consentements sur tous les points du futur accord, se distance, nous le verrons, de la solution admise par l'article 2 du code des obligations suisse, lequel reconnaît formellement au juge le pouvoir de combler les éventuelles lacunes résultant d'un désaccord portant sur un élément accessoire.

Il se peut encore que le désaccord ne soit pas conscient parce que les parties ont cru s'engager contractuellement³⁰². Le législateur allemand a prévu, au § 155 BGB, une solution tendant à *"sauver le contrat"*. Selon ce paragraphe, en effet, *"si dans un contrat que les parties regardent comme conclu, elles ne se sont pas réellement accordées sur un point sur lequel il devait y avoir entente, ce qui a été convenu est valable s'il faut admettre que le contrat aurait été conclu même sans décision sur ce point"*. Le contrat sera ainsi considéré comme valablement conclu si telle paraît être la volonté des parties, c'est-à-dire si, en son âme et conscience, le juge considère qu'il ressort des circonstances de l'espèce que les parties auraient quand même conclu le contrat si elles avaient connu l'existence d'une divergence de vue. Le juge sera de la sorte invité à rechercher la volonté *"hypothétique"* des parties

²⁹⁷ B. S. MARKESINIS, W. LORENZ et G. DANNEMANN, *o.c.*, p. 55 ; Cl. WITZ, *o.c.*, p. 146, n° 159.

²⁹⁸ Cl. WITZ, *o.c.*, p. 178 et suivantes.

²⁹⁹ B. S. MARKESINIS, W. LORENZ et G. DANNEMANN, *o.c.*, p. 55.

³⁰⁰ Cette disposition ajoute alors que *"si l'on a convenu d'acter le contrat projeté, en cas de doute, il n'est pas conclu jusqu'à ce que l'acte ait été dressé"*.

³⁰¹ Pour autant, cependant, qu'il ressorte, fût-ce implicitement, des circonstances de l'espèce que cet élément était considéré comme déterminant par une au moins des parties.

³⁰² Ainsi, par exemple, lorsque les parties ont utilisé des termes équivoques.

(*hypothetischer Parteiwille*)³⁰³. Mais, à défaut de dégager celle-ci, le contrat sera, tout comme dans le § 154, présumé n'avoir pas été conclu.

127.- Il ressort de la combinaison des §§ 154 et 155 que le législateur allemand a entendu rencontrer l'ensemble des situations de conflits, en opérant une distinction selon le sentiment que peuvent avoir les parties quant à la réalité de leur accord et aux éventuelles divergences que sont susceptibles de présenter leurs volontés unilatérales destinées à se rencontrer. Cette solution est originale. Elle ne se retrouve en tant que telle dans aucune autre législation nationale ou supranationale. Mais cette originalité ne ressort pas uniquement de la consécration formelle du principe ainsi posé. Elle réside également dans la rigueur de la solution qu'il pose. La majeure partie des situations où le désaccord est conscient doit en effet amener le juge allemand à conclure à l'absence d'accord, que la divergence atteigne un élément essentiel ou accessoire. Contrairement aux droits belge et français, mais aussi au droit suisse, le juge allemand ne sera donc pas autorisé à reconnaître la réalité de l'accord dès lors que l'ensemble des points que celui-ci contient ne sont pas négociés et consentis par les parties. Il ne pourra suppléer aux volontés. Les parties jouissent d'un monopole sur lequel ne peut empiéter le juge. Ce n'est que si le désaccord est inconscient, parce que les parties ont cru le contrat conclu et n'ont pas eu conscience des divergences qu'il recelait, qu'elles seront liées par les points négociés et que le droit supplétif sera un outil de comblement des lacunes.

D. L'acceptation tardive

128.- L'offre faite à une personne présente doit être acceptée immédiatement (§ 147, alinéa 1^{er}³⁰⁴). Lorsque celle-ci est faite entre absents, l'acceptation doit intervenir dans le délai fixé par l'offrant (§ 148) ou, à défaut d'une telle fixation, dans le délai durant lequel l'offrant pouvait attendre l'arrivée de la réponse en des circonstances normales (§ 147, alinéa 2).

Tout comme les droits belge, français et anglais, le droit allemand pose pour principe que l'acceptation faite hors délai constitue une nouvelle offre et ne forme donc pas le contrat³⁰⁵.

L'acceptation tardive est ainsi, en principe, dépourvue d'effet dans la mesure où l'offre a cessé d'exister avec l'expiration du délai d'acceptation. L'offrant ne devra tenir compte d'une éventuelle transmission irrégulière que si celle-ci était prévisible. Lorsque des circonstances imprévues (catastrophes naturelles ...) viennent par contre retarder l'acheminement de l'acceptation, cette dernière ne vaut que comme une nouvelle offre.

³⁰³ Cl. WITZ, *o.c.*, 1992, p. 148, n° 163.

³⁰⁴ Cette disposition poursuit en considérant que "*cette règle s'applique spécialement à l'offre faite de personne à personne ou par téléphone*".

³⁰⁵ A. RIEG, *o.c.*, 1961, p. 82, n°80.

Ces principes se trouvent inscrits dans les §§ 149 et 150 du BGB. Selon le §150, *"l'acceptation tardive d'une offre est considérée comme une offre nouvelle"*, et ce qu'elle ait été émise ou non à temps.

Ne souhaitant pas laisser *"l'acceptant sans protection"*³⁰⁶, les rédacteurs du BGB ont cependant inscrit, au §149³⁰⁷, une solution identique à celle que nous retrouverons dans l'article 21, alinéa 2 de la Convention de Vienne. Lorsque l'acceptant a utilisé un mode régulier de communication, mais qu'un fait qui ne lui est pas imputable rend son acceptation tardive, la déclaration de volonté qu'il a émise est une acceptation, à moins que l'offrant ne s'y oppose immédiatement.

IV. Moment de la formation du contrat

129.- Tout comme le droit belge, le droit allemand consacre la théorie de la réception (§ 130 à 132 BGB)³⁰⁸. La particularité du système est non seulement d'avoir légalement consacré ce principe - par opposition à la solution belge qui est exclusivement prétorienne -, mais qui plus est dans la partie générale BGB portant sur la déclaration de volonté³⁰⁹, permettant ainsi au principe de s'appliquer au-delà de la seule sphère contractuelle.

Cette théorie se trouve justifiée par la doctrine par une juste répartition des risques entre l'auteur de la déclaration et celui à qui il s'adresse. Le premier supporte le risque d'une perte de la déclaration lors de son acheminement, et le second ceux *"qui sont dans sa sphère, telle l'inadvertance de sa secrétaire qui dépouille mal le courrier ou les facéties de ses enfants qui mettent le feu à la boîte aux lettres"*³¹⁰.

³⁰⁶ B. S. MARKESINIS, W. LORENZ et G. DANNEMANN, *o.c.*, p.139.

³⁰⁷ Selon le § 149, en effet, *"si la déclaration d'acceptation parvenue en retard à l'offrant lui a été envoyée de telle manière que dans des circonstances normales elle lui serait parvenue en temps utile, et si l'offrant doit le reconnaître, il est tenu, aussitôt après la réception de la déclaration, de faire connaître le retard à l'acceptant, à moins qu'il ne l'ait fait plus tôt. S'il néglige de le faire, l'acceptation vaut comme faite en temps utile."*

³⁰⁸ M. PEDAMON, *o.c.*, 1993, pp.36 et suivantes.

Il faut en outre noter qu'en droit allemand, il est acquis qu'une déclaration de volonté "parvient" à son destinataire dès lors qu'elle est entrée dans sa *"zone de contrôle"* ou encore *"en son pouvoir"* (*Machtbereich*). V. ZWIGERT et KÖTZ, *o.c.*, II, (1987), 35 ; R.B. SCHLESINGER, *Formation of contract*, 1467 - 1471 ; A. RIEG, *o.c.*, 1961, p. 61 et suivantes ; P.V.D. MARSH, *Comparative Law*, p. 76.

³⁰⁹ La théorie de la réception n'est donc pas envisagée sous l'angle du contrat entre absents comme en droit belge.

³¹⁰ Cl. WITZ, *o.c.*, 1992, p. 97, n° 91.

Le Reichsgericht, dans un important arrêt du 25 octobre 1917³¹¹, a notamment rappelé que seul importe le moment de la réception de la déclaration de volonté, indépendamment de sa prise de connaissance effective. L'espèce soumise à la haute juridiction ne portait pas spécifiquement sur le moment de la conclusion du contrat, mais bien sur celui de la prise d'effets d'une offre de contracter et de sa révocation, parvenues successivement à leur destinataire, mais dont celui-ci avait pris connaissance simultanément. La règle énoncée étant applicable à toutes les déclarations de volonté, elle reste pertinente relativement à la présente interrogation. Dans sa décision, le Reichsgericht considéra que "(...) *pour l'expéditeur comme pour le destinataire de ne compte que le moment de la réception ; en revanche, celui de la prise de connaissance effective est indifférent, qu'il s'agisse de l'offre ou de sa révocation*".

130.- Notons cependant que la notion de "*réception*" reçoit une portée plus restreinte qu'en droit belge. Comme le relève Haute Juridiction allemande, en effet, lorsqu'il s'agit d'un envoi écrit fait entre personnes absentes, celui-ci "*parvient*" à son destinataire, et prend donc effet, lorsqu'il pénètre dans sa sphère d'influence "*dans les conditions telles que celui-ci peut en prendre connaissance selon les circonstances normales*"³¹². Ce n'est donc pas au moment de l'arrivée de l'acceptation dans la boîte aux lettres de l'offrant que le contrat se forme, mais bien au moment où l'acceptant est en droit d'attendre que l'offrant en prenne connaissance³¹³. La réception prévaut également lorsque les parties sont présentes, mais dans ce cas, il faut nécessairement que le document ait été *remis* à l'autre partie et non pas seulement qu'il ait été rédigé en sa présence³¹⁴.

131.- Des tempéraments sont cependant adjoints au principe ainsi posé. Tout d'abord, la doctrine affirme que lorsque l'offre est verbale *et* est faite à une personne présente, est préférée la théorie de l'information. Le contrat se forme donc au moment où l'offrant est informé de l'acceptation³¹⁵.

En outre, et afin d'accélérer le processus de conclusion de certains accords, le BGB admet lui-même plusieurs dérogations au principe de la réception. Ainsi, les §§ 151 et 152 du BGB font, dans certains cas, courir l'effet formateur de l'acceptation dès l'émission de celle-ci. Il en est

³¹¹ RGZ 91-60, n° 19 cité par A. RIEG, *o.c.*, 1961, p. 65, n°61.

³¹² BGH, 3 novembre 1976, BGHZ 67, 271, 275 ; BGH, 13 février 1980, NJW, 1980, 990 cités par Cl. WITZ, *o.c.*, 1992, p. 97 note 26.

³¹³ Ainsi, une lettre postée la nuit dans une boîte aux lettres ne parvient, au sens du droit allemand, que le lendemain matin. Cl. Witz, *o.c.*, 1992, p. 97. V. également ce dernier auteur en ce qui concerne les hypothèse où cette prise de connaissance a été retardée en raison d'un fait imputable, même non intentionnellement, au destinataire de la déclaration (pp. 98 et suivantes).

³¹⁴ Cl. WITZ, *o.c.*, 1992, p. 102, n° 101 citant RG 27 octobre 1905, RGZ 61, 414.

³¹⁵ Cl. WITZ, *o.c.*, 1992, p. 101-102.

ainsi, par exemple, lorsque l'accord projeté est soumis à l'accomplissement de formalités notariales particulières et que l'offre et l'acceptation sont reçues par des notaires différents. Dans ce cas, le contrat est considéré comme conclu au moment de la passation, sous un acte authentique, de l'acceptation, et ce avant même, et indépendamment, de la notification de son accomplissement à l'offrant (§ 152).

La même règle sera d'application lorsqu'il convient de s'attendre "*selon les usages admis en droit des affaires à ce que l'acceptation soit déclarée au pollicitant ou lorsqu'il a renoncé à cette déclaration*" (§151)³¹⁶. Dans ce cas, le BGB ne dispense pas de toute émission de volonté, simplement celle-ci ne devra pas nécessairement, pour produire effet, être réceptionnée par l'offrant³¹⁷. Elle produira des effets au moment de l'accomplissement de l'acte et ce indépendamment du fait que le pollicitant originaire n'ait pas eu connaissance du moment où l'exécution a commencé.

SECTION 4. DROIT SUISSE³¹⁸

132.- La tentation peut être grande de croire que le droit suisse ne mérite guère d'attention dans la mesure où ses dispositions seraient calquées, en majorité à tout le moins, sur le droit allemand. Il n'en est rien. Si l'on ne peut contester que ces deux droits se rencontrent, plus particulièrement dans la matière qui nous occupe, force est pourtant de constater que la volonté de ces législateurs nationaux a été fort différente. Alors en effet que le droit allemand se particularise par un ensemble de normes rigoureuses et un contenu largement dogmatique, s'insérant davantage dans la philosophie des systèmes fermés, le droit suisse témoigne d'une plus grande souplesse caractérisée notamment par la reconnaissance expresse du rôle du juge dans la relation contractuelle, mais également par des normes davantage empreintes de liberté³¹⁹. Ces particularités le rattachent davantage aux systèmes dits ouverts. Walter JUNG, un des principaux inspireurs du code considérait par ailleurs que "*la meilleure chance de*

³¹⁶ M. PEDAMON, *o.c.*, 1993, p.35.

³¹⁷ M. PEDAMON cite l'exemple d'un hôtelier qui inscrit le nom d'un client dans le livre des réservations. L'auteur relève également l'extension donnée par la doctrine et la jurisprudence à cette notion qui permettrait alors également de conceptualiser le fait pour un usager de monter dans un tram,... (*Ibidem*, p.36).

³¹⁸ L'auteur tient à remercier le Professeur Pierre WESSNER, Doyen de la Faculté de droit et des sciences économiques de Neuchâtel.

³¹⁹ H. MERZ, *Traité de droit privé suisse, Droit des obligations, Partie générale*, Tome VI, Ed. Universitaires Fribourg Suisse, 1993, traduit par P. GIOVANNONI, spécialement pp. 14-15. L'auteur relève par ailleurs que les dispositions de la partie générale du CO font souvent penser par leur style à des "directives". Ce qui est vrai de la forme se vérifie également en ce qui concerne le contenu des normes qu'il contient.

notre code sur le plan européen réside en premier lieu dans l'esprit général dont il s'inspire : assurer la paix dans les relations entre les individus en restreignant le moins possible la liberté. Elle réside aussi dans sa méthode générale : édicter des règles aussi simples que possible, en vue d'un résultat pratique, sans s'inféoder à un système dogmatique trop rigide³²⁰.

I. Les principes à la formation des accords

A. Encadrement légal de la formation des conventions

133.- Tout comme l'Allemagne, la Suisse présente la particularité d'avoir consacré plusieurs dispositions à la phase de conclusion des accords.

134.- D'un point de vue plus général, les règles applicables aux obligations se trouvent, pour la plupart, inscrites dans le code des obligations, lequel est subdivisé en cinq parties dont cependant seules les deux premières les concernent à proprement parler. Les trois autres parties relèvent en effet davantage du droit commercial³²¹. Les dispositions relatives à la formation des obligations se trouvent quant à elles inscrites dans la partie générale de ce code et en particuliers aux articles 1 à 67.

135.- Contrairement au législateur allemand, cependant, le législateur suisse n'a pas fait le choix de faire débiter le code civil par une partie générale ("*Allgemeiner Teil*") qui comporterait l'ensemble des dispositions communes aux différents chapitres qu'il contient. Ce faisant, le droit suisse entend accentuer son caractère ouvert et accorder aux juges et arbitres un rôle plus large dans l'élaboration des principes applicables aux situations qu'il régit. Pourtant, parmi les dix premiers articles du code civil, une disposition eût justifié son titre de norme générale. Il s'agit de l'article 2 de ce code, lequel impose à chacun d'agir de bonne foi et autorise, en cas d'abus manifeste, à sanctionner le comportement qui lui contrevient. Cette disposition aurait sans conteste trouvé sa place dans un préambule précédant le code. Le fait qu'il n'en soit pas ainsi n'en fait cependant pas une norme marginale, et l'application constante qui lui est donnée par la jurisprudence en atteste³²².

³²⁰ Cité par P. ENGEL, *Traité des obligations en droit suisse, Dispositions générales du CO*, 2^{ème} édition, 1997, Staempfli Editions SA Berne, préface.

³²¹ A côté des dispositions générales (articles 1 à 183), sont également abordés : les différents types de contrats (articles 184 à 551), les règles applicables aux sociétés coopératives et commerciales (articles 552 à 926), celles applicables en matière de registre de commerce et autres (articles 927 à 964), et enfin, les "papiers-valeurs" (articles 965 à 1186).

³²² Tous les contrats sont soumis à l'exigence de bonne foi. "*Consacrant la loyauté en affaires, ce principe joue un rôle essentiel dans l'interprétation et le complètement du contrat*" (P. TERCIER, o.c., 1996, p. 79, n°408).

136.- Le droit suisse nous paraît encore se particulariser principalement par le fait qu'il a pris soin de poser des solutions de principe à plusieurs questions où le doute est fréquent dans la pratique. Il en est ainsi, par exemple, de la nature à reconnaître à certaines propositions adressées au public ou encore du sort à réserver au contrat lorsque les volontés s'accordent sur certains points seulement, alors que d'autres ont été laissés en suspens par les parties. C'est à ces titres également, et à d'autres que nous dégagerons au gré de notre étude, que nous avons choisi de l'intégrer dans notre analyse.

B. Les composantes naturelles de toute manifestation de volonté

137.- Comme le droit allemand, le droit suisse admet que toute manifestation de volonté (*Willensäußerung* ou *Willenserklärung*) comprend deux composantes inséparables : un élément intentionnel, qui consiste en la volonté d'accomplir un acte juridique, ainsi qu'un élément plus objectif correspondant à la perception que cette volonté est susceptible d'être pour autrui. Ce faisant, et comme le relèvent justement P. GAUCH, W. SCHLUEP et P. TERCIER³²³, toute manifestation de volonté peut être appréhendée sous une double perspective selon que l'on a égard à la position du déclarant ou du destinataire de la déclaration. Du point de vue du premier, toute manifestation suppose une communication, c'est-à-dire qu'elle se fonde dans un support concret. Il faut que celui-ci adopte un comportement qui l'exprime. Du point de vue du second, sera importante la perception raisonnable que le comportement ou la déclaration autorise, c'est-à-dire la possible reconnaissance objective de l'intention exprimée.

Mais la forme qu'est susceptible de revêtir cette expression de volonté importe peu. Le principe demeure sur ce point celui de la liberté. Ainsi pourra-t-elle tout autant s'exprimer au travers de déclarations que d'actes concluants ou actes "indices" (*Konkludentes* ou *Schlüssiges Verhalten*)³²⁴. Cette dernière notion est intéressante car elle suppose qu'il soit admis que le déclarant manifeste sa volonté par l'accomplissement d'un acte "dont le destinataire peut (indirectement) déduire la volonté d'accomplir un acte juridique"³²⁵.

³²³ P. GAUCH, W. SCHLUEP et P. TERCIER, *La partie générale du droit des obligations*, Schulthess, Tome I, 2^{ème} édition, 1982, p.33.

³²⁴ La notion de déclaration de volonté est entendue dans un sens large et comprend tout autant les expressions verbales ou écrites, que l'adoption d'un comportement particulier. Elle peut en outre tout autant être "directe" - c'est-à-dire entre personnes présentes - ou "indirecte" - c'est-à-dire entre personnes absentes. P. GAUCH, W. SCHLUEP et P. TERCIER, *o.c.*, 1982, pp.34 et suivantes.

³²⁵ P. GAUCH, W. SCHLUEP et P. TERCIER, *o.c.*, 1982, p. 35. V. également, pour ce qui concerne les contrats spéciaux, P. ENGEL, *Contrats de droit suisse*, 2^{ème} édition, 2000, Staemfli Editions SA, Berne, 924 pages.

C. Les principes fondamentaux de la formation des accords

- Liberté contractuelle

138.- La liberté contractuelle, principe de base consacré à l'article 19 du code des obligations, a une portée étendue. Cette liberté s'étend en effet tant au choix du contractant qu'à celui du contenu de la convention projetée³²⁶. Par cette liberté fondamentale, point d'appui du principe de l'autonomie privée³²⁷, les parties sont admises, par leurs manifestations de volonté, à produire des effets juridiques correspondant à la volonté que celles-ci expriment. Dans cette ligne, le droit suisse admet que certains actes puissent être qualifiés de "formateurs" (*Gestaltungsrecht*) en ce sens qu'ils permettent à une personne, unilatéralement, et par une simple manifestation de volonté, de "*créer, modifier ou éteindre un droit ou un rapport de droit*"³²⁸. L'offre engendre nécessairement un tel droit en ce sens que son destinataire dispose, dès sa réception, du droit de conclure le contrat par son acceptation. Ce faisant, par l'émission d'une telle proposition, l'offrant "*limite son autonomie privée par le fait qu'il s'assujettit à celle de son destinataire*"³²⁹.

- L'importance des usages

139.- Le code des obligations suisse consacre également une place importante aux "*us et coutumes*". Même s'ils ne sont pas considérés comme une source d'obligations - à moins que tel ait été le souhait, exprimé ou implicite, des parties³³⁰ -, les usages sont susceptibles de remplir une double fonction, l'une normative et l'autre interprétative des volontés³³¹. Les

³²⁶ P. TERCIER, *Le droit des obligations*, Schulthess Zurich, 1996, p. 76-77, n°382 et suivants.

³²⁷ P. ENGEL, *o.c.*, 1997, pp. 94 et s. et les références citées ; H. MERZ, *o.c.*, 1993, pp. 19 et suivantes.

³²⁸ P. ENGEL, *o.c.*, 1997, pp. 29 et suivantes ; P. GAUCH, W. SCHLUEP et P. TERCIER, *o.c.*, 1982, p.32 ; H. MERZ, *o.c.*, 1993, pp. 51 et suivantes selon qui "*tandis qu'un droit de créance permet d'exiger du débiteur un certain comportement, le droit formateur donne à son titulaire la possibilité d'obtenir unilatéralement le résultat désiré (...)* L'autonomie de la personne qui est l'un des principes fondateurs du droit privé, s'oppose en principe à ce que la situation juridique d'autrui soit modifiée sans son accord. De ce point de vue, le droit formateur, dont l'exercice appartient entièrement au titulaire, fait exception à la règle". V. également L. L'HUILLIER, *La notion de droit formateur en droit suisse*, Thèse, Genève, 1947.

Cette notion de "droit formateur", inspirée de la doctrine allemande, a été introduite en suisse par A. VON TUHR.

³²⁹ P. ENGEL, *o.c.*, 1997, p. 194.

³³⁰ H. MERZ, *o.c.*, 1993, p. 27 citant notamment ATF 86 II 257.

V. Chambre civile, 16 novembre 1965 - *i.S. Texta, Textilabfall-Handels-und Sortier AG c. W. Schönfeld K.G.* - ATF 91 II 359. Selon la Chambre civile, les usages commerciaux auxquels la loi fait référence sont du droit objectif. Dans le cas contraire, ils ne lient les parties que si et dans la mesure où elles s'accordent à les incorporer dans le contenu du contrat (considérants 2 à 4). Dans le même sens : Chambre civile, 11 juin 1968 (*i.S. Hälgi & Co. c. Strässle Söhne & Co.*) - ATF 94 II 157.

³³¹ V. également article 5, alinéa 2 du code civil qui en fait une application particulière.

P. GAUCH, W. SCHLUEP et P. TERCIER, *o.c.*, 1982, pp. 4-5 ; H. MERZ, *o.c.*, 1993, pp. 26 et suivantes.

usages peuvent en effet, tout d'abord, permettre de compléter les règles légales lorsque ces dernières ou la volonté des parties le prévoient. Ils peuvent, ensuite, toujours exercer une influence sur l'interprétation du contrat, voire même permettre, dans certaines circonstances, de le compléter.

- Le principe de confiance

140.- Parmi les éléments encore susceptibles d'exercer une influence sur le processus de formation des conventions, il convient de citer le principe de la confiance (*die Vertrauenstheorie*)³³², principale expression de l'exigence de bonne foi (*Treu und Glauben*) inscrite à l'article 2 du code civil suisse³³³, intermédiaire entre les systèmes de la volonté réelle et de la volonté déclarée. Les deux sont inéluctablement liés. Selon la doctrine, en effet, les exigences de bonne foi imposent à celui à qui est faite une déclaration d'user de la diligence que l'on peut raisonnablement attendre de lui pour déterminer le sens que l'auteur de celle-ci a effectivement voulu lui donner³³⁴. De même, celui qui crée une apparence juridique est obligé de se soumettre au sens qui peut en être dégagé raisonnablement et de bonne foi. Ce faisant, le principe de confiance protège les deux parties à l'accord projeté. Il préserve l'auteur de l'offre tout autant celui à qui elle s'adresse³³⁵.

C'est qu'en réalité, les expressions de volontés, en raison des imperfections qu'elles sont susceptibles de présenter, peuvent manifester le conflit entre des intérêts opposés : celui de l'offrant qui s'engage et confère un sens précis à son engagement, et celui du destinataire de la proposition qui accordera à celle-ci un sens, peut être divergent du premier. Le sens "voulu" par l'offrant n'est donc pas nécessairement celui "compris" par le destinataire. Or, choisir entre ces deux sens paraît bien difficile, puisqu'il est nécessairement empreint de subjectivité. En accordant à la confiance un rôle prépondérant, comme le font le droit allemand et le droit suisse, un troisième sens apparaît ainsi plus pertinent aux yeux de ces législateurs parce qu'il est plus objectif et plus affranchi des parties : c'est le sens "déclaré" tel qu'il peut, au regard des exigences de bonne foi, être perçu par son destinataire³³⁶. C'est donc à celui-ci que le droit

³³² V. P. ENGEL, *o.c.*, 1997, pp. 216 et suivantes citant notamment A. SIMONIUS, "Du principe de la confiance et des dérogations qu'il subit dans le droit suisse", *S.J.*, 1949, pp. 201 et suivantes ; R. PATRY, *Le principe de confiance et la formation du contrat en droit suisse*, Thèse, Zurich, 1953 ; A. CHIREZ, *De la confiance en droit contractuel*, Thèse, Nice, 1977 ; P. ENGEL, "L'apparence efficace en droit privé", *S.J.*, 1989, pp. 73 et suivantes..

³³³ P. GAUCH, W. SCHLUEP et P. TERCIER, *o.c.*, 1982, pp. 39 et suivantes ; P. TERCIER, *o.c.*, 1996, pp. 79-80, n°408 et suivants.

³³⁴ P. ENGEL, *o.c.*, 1997, pp. 221 et pp.238-239 et les références citées.

³³⁵ P. GAUCH, W. SCHLUEP et P. TERCIER, *o.c.*, 1982, p.39.

³³⁶ ATF 95 II 320, 328-329.

suisse entendra principalement s'attacher, lui permettant de suppléer aux difficultés d'interprétation de la volonté réelle.

141.- En tout état de cause, le principe de confiance modalisera également l'interprétation des déclarations de volontés³³⁷. Ainsi, *"l'interprète s'attachera à l'intersubjectivité du contrat lors de la conclusion pour donner à celui-ci son sens et sa portée véritables pour les parties"*³³⁸. Qui plus est, parmi les instruments de son office, le juge suisse aura égard, au-delà des règles d'interprétation, à *"l'expérience de la vie"* mais également aux usages³³⁹.

- Fidélité contractuelle et sécurité juridique

142.- À côté de ces règles importantes, le droit suisse assure encore le respect de deux aspirations essentielles : la protection de la fidélité contractuelle, concrétisation de l'adage latin *"pacta sunt servanda"*, mais aussi celle de la sécurité des transactions³⁴⁰. Au nom de la seconde, le juge sera parfois appelé à sacrifier la volonté réelle du déclarant à sa volonté exprimée, et à la perception raisonnable que cette dernière a pu objectivement susciter. L'apparence sera ainsi *"efficace"* de sorte que se trouvera protégé celui qui, de bonne foi, s'y est soumis³⁴¹.

D. Une place particulière accordée au juge

143.- Le rôle important que le droit suisse concède au juge mérite également d'être précisé, non seulement en raison de l'influence que cette reconnaissance peut avoir sur la formation des contrats, mais également en ce qu'elle particularise le droit suisse des autres droits que nous avons analysés. On en trouve un élément de comparaison classique dans le sort réservé aux contrats lacunaires. Il arrive en effet fréquemment que le contrat présente des lacunes, qu'elles aient été volontaires ou non. Lorsque celles-ci atteignent un élément essentiel du contrat considéré, l'existence même de ce dernier est mise en doute. Mais il n'en est pas de même lorsqu'elle porte sur un point secondaire et c'est là que réside l'originalité de la solution dégagée par le législateur suisse. Dans ce cas, en effet, *"le juge doit combler la lacune d'après le sens et le but du contrat, en recherchant comment, de bonne foi les parties auraient agi, vu*

³³⁷ P. ENGEL, *o.c.*, 1997, pp. 238 et suivantes.

³³⁸ P. ENGEL, *o.c.*, 1997, p. 240.

³³⁹ P. ENGEL, *o.c.*, 1997, pp.241-243.

³⁴⁰ P. TERCIER, *o.c.*, 1996, p.80, n°412 et suivants.

³⁴¹ P. TERCIER, *o.c.*, 1996, p.80, n°414-415.

*l'ensemble des circonstances*³⁴². L'importance de la mission qui est ainsi impartie au juge se manifeste encore davantage lorsque, dans l'hypothèse visée spécifiquement par l'article 2 du code des obligations, les parties ont réservé un point secondaire de leur accord. Nous y reviendrons.

E. La formation des accords par la rencontre entre une offre et une acceptation

144.- L'article 1^{er} du code des obligations, dans sa partie générale, pose pour principe que *"le contrat est parfait lorsque les parties ont, réciproquement et d'une manière concordante, manifesté leur volonté. Cette volonté peut être expresse ou tacite"*.

Tout contrat suppose donc nécessairement la présence de deux ou plusieurs manifestations de volonté se succédant dans le temps : *"la première déclaration s'appelle "offre" et la seconde "acceptation"*³⁴³. Celles-ci doivent en outre être réciproques - c'est-à-dire échangées entre les mêmes parties - mais aussi concordantes, *"ce qui implique que les parties sont d'accord de conclure le contrat et de lui donner tel contenu"*³⁴⁴.

145.- La portée de l'article 1^{er} nous cependant plus riche, et ce à quatre égards principalement.

Tout d'abord, il témoigne de la prévalence du principe du consensualisme et de la formation des conventions par le seul échange des volontés. Les manifestations de volontés constitutives du contrat peuvent en effet, conformément à cette disposition, être tant expresses que tacites. Elles seront tacites dès lors que le sens à leur accorder ne suscite aucune équivocité et que leur portée n'est pas douteuse³⁴⁵. Si tel est le cas, elles pourront résulter tant d'actes concluants que du silence.

De la référence, ensuite, à une *"manifestation"* de volonté, il peut être déduit que les volontés exprimées doivent être communiquées réciproquement. Ainsi, tout comme en droit allemand, les déclarations de volonté sont en principe sujettes à réception en ce sens qu'elles ne produisent des effets juridiques que lorsqu'elles parviennent à leur destinataire indépendamment d'une connaissance effective par ce dernier³⁴⁶.

³⁴² Traduction libre de Chambre civile, 7 juillet 1964 (*i.S. Häring c. Wortmann*) in ATF 90/1964 II p. 235, 244-245 (considérant 4)

³⁴³ P. GAUCH, W. SCHLUEP et P. TERCIER, *o.c.*, 1982, p.55.

³⁴⁴ P. GAUCH, W. SCHLUEP et P. TERCIER, *o.c.*, 1982, p.53.

³⁴⁵ P. GAUCH, W. SCHLUEP et P. TERCIER, *o.c.*, 1982, p.35.

³⁴⁶ P. PIOTET, *La formation du contrat en doctrine générale et en droit privé suisse*, Ed. Staempfli & Compagnie Berne, 1956, p.VIII. Selon lui, la déclaration de volonté *"parvient"* à son destinataire lorsque *"d'après l'expérience de la vie et dans des circonstances normales, il ne dépend plus que du destinataire ou de*

La référence, encore, à "*leur volonté*", au singulier, atteste de ce que c'est la volonté commune des parties qui doit par préférence être recherchée (accord de fait³⁴⁷). Dans l'appréciation de la correspondance des manifestations de volontés, le juge aura en effet égard, précisent les commentaires de cette disposition³⁴⁸, à la volonté intime des parties si elle leur est commune, et, à défaut d'une telle correspondance, à celle qui est exprimée. C'est alors par référence aux "croyances" nées d'une situation que l'interprétation des comportements devra avoir lieu. Ceci rapproche le droit suisse davantage du droit allemand en le distançant des droits belge et français.

Enfin, la précision contenue dans l'article 1^{er} est importante dans la mesure où l'accord des parties "*est suffisant pour que le contrat soit conclu ; l'échange effectif des prestations promises n'est pas un élément de la vente, mais son exécution*"³⁴⁹³⁵⁰.

II. L'offre

A. Notion

1. Définition

146.- Aucune disposition du code des obligations ne définit expressément la notion d'offre. L'unique précision que l'on peut dégager résulte de l'article 3 selon lequel "*toute personne qui propose à une autre la conclusion d'un contrat en lui fixant un délai pour l'accepter est tenue*

l'organisation de son train de maison ou de son entreprise qu'il en prenne connaissance". V. également P. ENGEL, *o.c.*, 1997, p. 127 et pp. 132 et suivantes citant notamment ATF 107/1981 II p. 189, 192 (fr.) = (rés) JT 1981 I p. 281, 282. V. encore P. GAUCH, W. SCHLUEP et P. TERCIER, *o.c.*, 1982, p.35.

³⁴⁷ Il y a, en droit suisse, "accord de fait" lorsque les volontés *réelles* des parties concordent, et à la condition que chacune d'elles ait perçu la portée réelle de l'engagement de l'autre. A défaut, l'accord est dit "de droit" en ce sens qu'il ne porte que sur les volontés manifestées, telles qu'interprétées grâce au principe de confiance. V. P. ENGEL, *o.c.*, 1997, pp. 212 et suivantes.

³⁴⁸ SCYBOZ et GILLIERON, *Code civil des obligations annoté*, Payot, Lausanne, 1993, article 1^{er}, n° 1 et les références jurisprudentielles citées.

³⁴⁹ P. TERCIER, *La partie spéciale du Code des obligations*, Schulthess, 1988, p. 22, n°160. L'auteur précise cependant par la suite son propos dans la mesure où, dans la réalité, accord de volonté et actes d'exécution peuvent intervenir en un même moment (contrats instantanés). "*En règle générale, l'accord des volontés n'a pas besoin de revêtir une forme particulière (CO 11 ; GST 378). C'est pourquoi il peut aussi procéder d'actes concluants. Il y a donc une convention même dans la vente instantanée (ou vente manuelle). Le marché ne se ramène pas à la double tradition de la chose et du prix ; des obligations sont tout de même nouées entre les parties, encore que conclusion du contrat et exécution se confondent dans le temps*" (n° 163).

³⁵⁰ Il va de soi que le consentement des parties n'est pas toujours suffisant à parfaire le contrat. Ainsi en est-il des contrats réels pour lesquels la remise de la chose est une condition présidant à la validité de l'accord.

par son offre jusqu'à l'expiration de ce délai". Ainsi, une offre est-elle une "proposition de conclure le contrat". Selon la doctrine, l'offre doit en outre exprimer la volonté du pollicitant de conclure le contrat ("*Abschlusswille*"), spécifier le contenu essentiel du contrat projeté ("*Bestimmtheit*") et être adressée à un ou plusieurs destinataires, même non déterminés³⁵¹.

Pierre ENGEL ajoute encore que cette proposition "*est soumise à réception (empfangsbedürftig)*"³⁵².

2. Éléments constitutifs

147.- Pour être qualifiée d'offre au sens du droit suisse, la proposition émise doit être ferme et précise³⁵³. Il est en outre expressément admis que l'offrant n'est pas lié par son offre lorsque l'absence de fermeté de l'intention du destinataire se déduit des circonstances de la cause, de la nature particulière de l'affaire ou encore de réserves expresses qu'il a émises sur ce point (art.7, al.1 CO³⁵⁴).

2.1. Précision quant au contenu de la proposition

148.- La doctrine enseigne que la proposition doit contenir une précision suffisante des "*essentialia negotii*", c'est-à-dire les éléments "*essentiels*" au contrat envisagé³⁵⁵. Devront dès lors être fixés dans l'offre les éléments objectivement caractéristiques du contrat, tels qu'ils résultent de la définition qui en est donnée par la loi³⁵⁶, mais également "*les éléments secondaires, (...) que les parties ou l'une d'elles ont d'emblée considérés comme une*

³⁵¹ P. ENGEL, *o.c.*, 1997, p.193, n°42 ; W.A. STOFFEL, "Formation du contrat", in *Convention de Vienne de 1980 sur la vente internationale de marchandises, Colloque de Lausanne des 19 et 20 novembre 1984*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zurich, 1985, p.61 ; P. GAUCH, W. SCHLUEP et P. TERCIER, *o.c.*, 1982, p.55 ; P. PIOTET, *o.c.*, 1956, p. VII.

³⁵² V. également P. PIOTET, *o.c.*, 1956, p. VII ; H. MERZ, *o.c.*, pp. 56 selon qui l'exercice de tout droit formateur suppose nécessairement que la déclaration unilatérale qui y donne lieu parvienne "*dans la sphère personnelle*" de son destinataire ; P. ENGEL, *o.c.*, 1997, pp. 132 et suivantes.

³⁵³ P. ENGEL, *o.c.*, 1997, pp. 132 et suivantes.

³⁵⁴ Selon cette disposition, "*l'auteur de l'offre n'est pas lié s'il a fait à cet égard des réserves expresses, ou si son intention de ne pas s'obliger résulte soit des circonstances, soit de la nature spéciale de l'affaire.*" V. également P. GAUCH, W. SCHLUEP et P. TERCIER, *o.c.*, 1982, p.56.

³⁵⁵ ATF 97/1971 II p. 53, 55-56 = JT 1972 I p. 52, 55. La Chambre civile considère, dans cette décision rendue le 9 mars 1971 (*i.S. Oberholzer c. Oberholzer*), que la durée du droit de préemption est une condition essentielle du contrat et sur laquelle les consentements doivent nécessairement converger pour qu'il soit formé (considérant 3).

³⁵⁶ P. ENGEL, *o.c.*, 1997, p. 219 selon qui "*c'est donc le minimum de ce qui doit être convenu pour que le contrat soit formé*".

condition de leur accord (ATF 54 II 305, Jdt 1929, I, 39)³⁵⁷. Sont ainsi visées les hypothèses où les acteurs commerciaux ont déclaré que tel élément mineur devait nécessairement faire l'objet d'un accord, mais aussi toutes celles où les relations générales d'affaires permettent de les considérer comme tels. Cependant, "*celui qui subordonne sa volonté de contracter à un accord sur des points objectivement secondaires doit le faire savoir clairement*"³⁵⁸.

149.- En réalité, la doctrine suisse opère une distinction entre les "*essentialia negotii*", les "*naturalia negotii*" et les "*accidentalia negotii*". La notion d'élément essentiel est assurément similaire à celle dégagée dans les droits belge et français, mais les deux autres catégories ne peuvent être transposées telles quelles. Sont en effet considérés comme des "*naturalia negotii*" les clauses fréquemment arrêtées par les parties sur des points déjà régis par le droit dispositif³⁵⁹, alors que les "*accidentalia negotii*" recouvrent des clauses conventionnelles dérogeant à ce dernier³⁶⁰³⁶¹. Un accord sur les seuls éléments - objectivement ou subjectivement - essentiels est exigé et l'offre doit dès lors en poser le principe.

150.- On ajoute encore, quant à l'exigence de détermination, qu'il n'est pas nécessaire que l'étendue de l'obligation soit arrêtée. Il suffit qu'elle soit déterminable et que "*le débiteur ne*

³⁵⁷ P. GAUCH, W. SCHLUEP et P. TERCIER, *o.c.*, 1982, p.56-57 ; P. TERCIER, *o.c.*, 1996, p.82, n° 425 et suivants ; P. ENGEL, *o.c.*, 1997, p.219. V. également P. PIOTET, *o.c.*, 1956, pp. 31-32 qui se borne à une différence entre les "*essentialia negotii*" (éléments essentiels) et les "*naturalia negotii*" (éléments secondaires).

³⁵⁸ P. ENGEL, *o.c.*, 1997, p. 219, P. PIOTET, *o.c.*, 1956, pp. 31 et suivantes et les références citées.

³⁵⁹ P. ENGEL, *o.c.*, 1997, p. 218 selon qui "*peu importe que les contractants les aient prévues ou non ; tels sont les intérêts moratoires, ou les dommages et intérêts en cas de faute du débiteur, le paiement comptant dans la vente mobilière*".

³⁶⁰ P. ENGEL, *o.c.*, 1997, p. 218 qui cite, comme exemples de ces clauses, les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité, le droit conventionnel de résiliation, les termes et conditions.

³⁶¹ Il convient de noter que la distinction belgo-française entre éléments essentiels, substantiels et accessoires ne coïncide pas parfaitement avec celle, admise en droit suisse, entre les "*essentialia negotii*", les "*naturalia negotii*" et les "*accidentalia negotii*" (P. ENGEL, *o.c.*, 1997, pp.218).

La comparaison paraît plus pertinente lorsque l'on met en parallèle les notions de points essentiels et de points secondaires (*Nebepunkten*), et c'est à celles-ci seules que nous nous référons. En droit suisse, les éléments "essentiels" recouvrent tant les éléments considérés comme caractéristiques, objectivement, du contrat projeté que ceux qui le sont devenus pour les parties (ATF 54/1928 II, p. 300 ss = JT 1929 I, p. 66 ss cité par P. ENGEL, *o.c.*, 1997, p. 219). Et la perfection du contrat suppose nécessairement que ces points soient l'assise des deux consentements exprimés (ATF 110/1984 II p. 287 = JT 1985 I p. 146 cité par P. ENGEL, *o.c.*, 1997, p. 219). Tout élément qui ne rentre pas dans cette première catégorie est nécessaire considéré comme relevant des *Nebepunkten* (Pour des exemples jurisprudentiels, v. ATF 42/1916 II p. 485, 490 ; ATF 93/1967 II, p. 302, 310 (fr.)). Dès lors que les parties n'ont pas précisé un de ces derniers éléments, elles sont censées s'en être remises au droit dispositif à la condition cependant que leur volonté de conclure le contrat soit certaine.

*puisse en faire à sa guise*³⁶². Cette précision vaut tant pour l'objet de la prestation que pour le prix³⁶³.

2.2. Précision quant aux destinataires de la proposition

151.- En droit suisse, contrairement au droit allemand, l'offre peut, par principe, être tout autant adressée à un destinataire déterminé ou au public³⁶⁴, sauf si l'offrant a manifesté une volonté contraire. De même, les circonstances de l'espèce ou la nature de l'affaire³⁶⁵ peuvent justifier la solution inverse.

152.- L'article 7 du code des obligations présente en outre l'originalité de préciser le sort et la nature de certaines propositions faites au public³⁶⁶. Selon son alinéa second, en effet, *"l'envoi de tarifs, de prix courants, etc., ne constitue pas une offre de contracter."* L'alinéa 3 ajoute quant à lui que *"le fait d'exposer des marchandises, avec indication du prix, est tenu dans la règle pour une offre."* Il s'agit là de précisions intéressantes car elles traduisent de la

³⁶² P. PIOTET, *o.c.*, 1956, pp. 31 et suivantes. V. également P. TERCIER, *o.c.*, 1996, p. 23, n°165-166.

³⁶³ P. TERCIER, *o.c.*, 1996, p. 23, n°166 et les références citées. *"Il faut (mais il suffit) que les parties soient d'accord sur la façon dont la chose ou le prix sera finalement déterminé. A noter que l'article 212 contient quelques règles impératives sur la détermination du prix"* ; P. TERCIER, *o.c.*, 1996, p. 82, n°428.

Le droit suisse (W.A. STOFFEL, "Formation du contrat", in *Convention de Vienne de 1980 sur la vente internationale de marchandises, Colloque de Lausanne des 19 et 20 novembre 1984*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zurich, 1985, p.62 ; I. CORBISIER, "La détermination du prix dans les contrats commerciaux portant vente de marchandises - Réflexions comparatives", *R.I.D.C.*, 1988/4, p.767 ; P. PIOTET, *o.c.*, 1956, p. 145) a jadis fait preuve d'une souplesse certaine quant à la détermination du prix pour autant que demeurent respectées les exigences minimales de loyauté et de justice. Ainsi, le Tribunal fédéral a-t-il admis qu'un bail conclu sans fixation préalable du loyer était valide de même qu'une vente à terme sans indication de la couverture à fournir par l'acheteur (ATF 103/1977 II 190 (VOLODIA SA) = JdT 1978 I 157 cité par W.A. STOFFEL, *o.c.*, 1985, p.62, note 21).

Cette jurisprudence n'est cependant plus d'actualité, comme en témoigne un arrêt, rendu le 15 septembre 1993, par le Tribunal fédéral. La haute juridiction a imposé que le montant du loyer soit déterminé ou à tout le moins déterminable au moment de la conclusion du contrat. A défaut, le contrat n'existe pas. V. TF, 15 septembre 1993, ATF 119 II 347 et note P. WESSNER, *Droit du bail*, Neuchâtel, 6/1994, p.5-6. Selon le Tribunal, *"pour que le contrat soit conclu, au sens de l'article 1^{er}, al.1 CO, il faut que les parties se soient mises d'accord sur tous les points essentiels (essentialia negotii), qu'il s'agisse des points objectivement essentiels (ceux qui forment le noyau du contrat et qui en déterminent le type) ou des points subjectivement essentiels (ceux que les parties élèvent au rang de condition sine qua non de leur convention). A cet égard, il est sans importance que des points secondaires aient été réservés (article 2, alinéa 1) ou même fassent l'objet d'un désaccord (ATF 103 II 194 s.)."* Il s'agit, selon P. WESSNER, d'*"un revirement de jurisprudence"* par lequel le Tribunal fédéral *"en revient en la matière à une position 'orthodoxe', qui privilégie la sécurité juridique tout en répondant à des 'considérations pratiques'"* (Ibidem, p. 6, n°4).

³⁶⁴ P. GAUCH, W. SCHLUEP et P. TERCIER, *o.c.*, 1982, p. 57-58. P. ENGEL, *o.c.*, 1997, pp. 209 à 211. La doctrine suisse parle également de *"promesse publique"* (*Preisauusschreiben und Auslobung*) (article 8 du code des obligations). Pourtant, elle reconnaît qu'il ne s'agit pas d'un contrat.

³⁶⁵ W.A. STOFFEL, *o.c.*, 1985, p.64 ; P. GAUCH, W. SCHLUEP et P. TERCIER, *o.c.*, 1982, pp.56-57.

³⁶⁶ W.A. STOFFEL, *o.c.*, 1985, p.62.

sorte la règle à partir de laquelle les juges seront invités à apprécier les documents échangés ou les comportements adoptés par les parties dans de telles circonstances. Ces présomptions restent cependant réfragables - particulièrement en ce qui concerne le troisième alinéa, lequel prend soin de préciser que c'est "en règle" la position à adopter - la preuve contraire restant admise³⁶⁷. Cette consécration formelle est heureuse et sécurisante pour nombre de situations où, il faut le reconnaître, le doute est souvent présent dans la pratique.

Sur ce point, par exemple, P. ENGEL relevait que constituent des invitations à l'offre "*les insertions dans les petites annonces sous la rubrique "offres" ou "Demandes" (d'emploi ou de logement) (...) Mais celui qui annonce dans le journal qu'il vend une automobile Licorne conduite intérieure, 15 CV, modèle 1929, pour le prix de 10.000 francs fait une offre pure et simple*"³⁶⁸.

3. Absence d'exigences de forme

153.- L'offre n'est soumise à aucune condition particulière de forme³⁶⁹, à moins que le contrat qu'elle contient en germe suppose le recours à de telles formalités. Elle peut donc en principe tout autant être expresse (*'ausdrückliche Willenserklärung'*) que tacite, et ainsi résulter de l'accomplissement d'un acte "concluant" (*'Konkludentes Verhalten'*)³⁷⁰ tel qu'un commencement d'exécution (envoi de marchandises non commandées), ou encore d'un silence.

Sur ce dernier point, il est intéressant de relever que le code suisse présente encore la particularité de préciser, dans son article 6 a, le sort des achats forcés³⁷¹. Selon cette disposition, en effet, "*l'envoi d'une chose non commandée n'est pas considéré comme une offre*" (alinéa 1^{er}) et "*le destinataire n'est pas tenu de renvoyer la chose ni de la conserver*" (alinéa 2)³⁷². Le choix de consacrer, dans le code des obligations lui-même, une telle disposition témoigne à nouveau d'une originalité du droit suisse.

4. Communication de l'offre

³⁶⁷ P. GAUCH, W. SCHLUEP et P. TERCIER, *o.c.*, 1982, p.56, n°391.

³⁶⁸ P.ENGEL, *o.c.*, 1973, p.140, n°42 (non repris comme tel quel en 1997, mais l'hypothèse est similaire).

³⁶⁹ P. GAUCH, W. SCHLUEP et P. TERCIER, *o.c.*, 1982, p. 57, n°295-296 ; P. ENGEL, *o.c.*, 1997, pp.129 et s..

³⁷⁰ Les auteurs suisses parlent également d'"acte-indice" de la volonté (*Willensbetätigung*) : P. ENGEL, *o.c.*, 1997, p.130.

³⁷¹ Cette disposition a été introduite par une loi fédérale du 5 octobre 1990, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1991 (*R.O.*, 1991, 846 ; *FF* 1986 II 360 ss., spécialement 392).

³⁷² L'alinéa 3 précise quant à lui que "*si l'envoi d'une chose non commandée est manifestement dû à une erreur, le destinataire doit en informer l'expéditeur.*"

154.- L'offre doit encore être adressée à autrui, qu'il s'agisse d'une personne déterminée ou du public. Cette exigence découle du principe selon lequel toute déclaration est soumise à réception³⁷³.

B. Les effets de l'offre

1. La force obligatoire de l'offre

155.- L'offre a toujours, en droit suisse, force obligatoire et est dès lors irrévocable³⁷⁴. Pourtant, l'on ne pourrait concevoir que celui qui l'émet demeure de la sorte soumis indéfiniment au bon vouloir de celui à qui il s'adresse³⁷⁵. Il en résulte que l'offrant est autorisé, voire invité par mesure de prudence, à assortir sa proposition d'un délai.

156.- Reconnaître ainsi la force obligatoire de l'offre suppose deux conséquences principales. Tout d'abord, dès le moment où l'offre acquiert pareil effet, son auteur ne peut plus en modifier le contenu unilatéralement. Ensuite, le destinataire de l'offre dispose d'un pouvoir formateur, en ce sens que c'est par l'expression d'une volonté concordante qu'il sera à même de provoquer, unilatéralement, la conclusion du contrat³⁷⁶. Mais un tel pouvoir se limite dans le temps et, à défaut d'être exercé en temps utile, pourra être privé de toute efficacité.

157.- Il est intéressant de constater que le code des obligations a expressément pris soin de prévoir un régime particulier pour chaque cas d'espèce, selon que le pollicitant a ou non précisé un délai d'acceptation et, en l'absence d'une telle fixation, selon que sa proposition est faite entre présents ou absents.

158.- Le principe de la force obligatoire de l'offre se dégage en effet de la combinaison des articles 3, 4 et 5 du code des obligations. La première de ces dispositions régit l'offre assortie d'un délai d'acceptation, alors que les autres sont régies par les deux articles suivants selon qu'elles sont faites entre personnes présentes (article 4) ou absentes (article 5).

³⁷³ P. ENGEL, *o.c.*, 1997, pp. 193 et 194. V. *supra*, Titre II, Chapitre I, n° 146.

³⁷⁴ P. ENGEL, *o.c.*, 1997, p. 194 lequel fait référence à "*la règle obligatoire de l'offre*".

³⁷⁵ P. ENGEL, *o.c.*, 1997, p.196 ; W.A. STOFFEL, *o.c.*, 1985, p. 64. V. également ATF 86/1960 II p.347, 353 = JT 1961 I p.197, 201. Selon cette décision rendue le 6 octobre 1960 par la Chambre civile, des signatures successives, ajoutées plusieurs années après le premier acte de partage ne peuvent plus parfaire le contrat dès lors qu'au moins les premiers signataires ne sont plus, depuis longtemps, consentants (considérant 3 a)

³⁷⁶ P. GAUCH, W. SCHLUEP et P. TERCIER, *o.c.*, 1982, p. 58, n°299 et suivants.

158 bis. L'article 3 du code pose pour principe que *"toute personne qui propose à une autre la conclusion d'un contrat en lui fixant un délai pour accepter, est liée par son offre jusqu'à l'expiration de ce délai."* (alinéa 1^{er}) et elle ne sera déliée que si *"l'acceptation ne lui parvient pas avant l'expiration du délai."* (alinéa 2). Lorsqu'aucun délai n'a été précisé, et si l'offre est adressée à une personne présente³⁷⁷, l'article 4 énonce que *"(...) l'auteur de l'offre est délié si l'acceptation n'a pas lieu immédiatement"* (alinéa 1^{er}). La réponse doit donc être donnée à l'offrant dans l'unité de temps que constitue l'entretien³⁷⁸. En outre, *"les contrats conclus par téléphone sont censés être faits entre présents, si les parties ou leurs mandataires ont été en communication"* (alinéa 2).

158 ter. Si, au contraire, la proposition est adressée à une personne qui n'est pas présente, l'article 5 précise que *"l'auteur de l'offre reste lié jusqu'au moment où il peut s'attendre à l'arrivée d'une réponse expédiée à temps et régulièrement."* Cette référence aux attentes de l'offrant est le pendant de la notion de *"délai raisonnable"* que nous avons trouvée dans les autres droits analysés. L'offrant restera donc lié par son offre, quand bien même aucun délai n'aurait été précisé. Mais dans ce cas, c'est au juge qu'il reviendra de déterminer la durée de la force obligatoire de cette proposition, au regard tant du temps nécessaire à la transmission de l'offre, du mode de communication choisi par l'offrant, de l'octroi d'un délai raisonnable de réflexion au profit de son destinataire, que du délai normal d'expédition de l'acceptation³⁷⁹. En tout état de cause, cette appréciation devra se faire en tenant compte des exigences de bonne foi et de loyauté commerciale, et l'auteur de l'offre devra s'assurer du respect d'un tel délai en homme raisonnable.

159.- Conscients du caractère plus aléatoire de ce délai, et de ce que les litiges naissant dans de telles circonstances résultent souvent du fait que le destinataire de l'offre prétend avoir acquiescé alors que son auteur prétend que le délai qui lui était raisonnablement imparti est écoulé, les rédacteurs du code des obligations ont pris soin de préciser que le pollicitant a le droit d'admettre que son offre a été reçue à temps (article 5, alinéa 2). Cette précision est intéressante. Il s'agit ici en effet d'envisager l'hypothèse où l'offre a été retardée dans sa transmission et de préciser que, dans ce cas, le retard n'aura pas pour effet de prolonger le délai en faveur de celui à qui elle est adressée. Tout risque dans la transmission de l'offre est dès lors en principe supporté par ce dernier.

³⁷⁷ La doctrine suisse précise que sont considérées comme "en présence" l'une de l'autre non seulement les personnes qui se trouvent en face à face, mais également toutes celles qui ont recours à un mode instantané de communication, tel que le téléphone ou la télévision privée instantanée. Il n'en va pas de même des télex et téléfax. V. P. ENGEL, *o.c.*, 1997, p.197 et les références citées.

³⁷⁸ P. ENGEL, *o.c.*, 1997, p.197.

³⁷⁹ P. GAUCH, W. SCHLUEP et P. TERCIER, *o.c.*, 1982, p. 59, n°312 ; P. ENGEL, *o.c.*, 1997, p. 198.

La doctrine tempère cependant la rigueur de la règle ainsi posée au regard des exigences de bonne foi. Si le pollicitant a le droit d'admettre que, suivant la durée prévisible de la transmission de son offre, celle-ci est arrivée suffisamment tôt, il devra cependant prendre en compte son éventuel retard dès lors qu'il a connaissance, au moment de son expédition, des raisons de celui-ci, notamment parce qu'existent des troubles dans le mode de communication qu'il a utilisé.

160.- L'alinéa 3 de l'article 5 aborde quant à lui une autre hypothèse envisageable ; celle où c'est l'acceptation, et non plus l'offre, qui est expédiée à temps mais parvient tardivement à l'offrant. Dans ce cas, ce dernier, s'il n'entend pas être lié, "(...) *doit en informer immédiatement l'acceptant.*" À défaut de ce faire, le pollicitant sera lié par l'acceptation, même tardive. Ainsi, dès lors qu'un événement indépendant de la volonté de l'acceptant retarde la communication de son acceptation, le silence de l'offrant sera présumé constituer une nouvelle acceptation et permettra la conclusion du contrat malgré le caractère tardif de l'acceptation initiale. Ce faisant, le droit suisse, soucieux d'un juste équilibre contractuel, protège le destinataire de l'offre contre les événements aléatoires sur lesquels il n'a aucune prise et impose à l'offrant originaire un acte positif s'il entend refuser à l'acceptation tardive un effet formateur.

La portée de cette disposition paraît pourtant limitée. L'insertion de cette solution dans l'article 5, qui régit le sort de l'offre faite sans délai et adressée à une personne non présente, pousse en effet à considérer que c'est dans cette seule hypothèse que l'acceptation parvenue hors délai est susceptible de lier l'offrant qui ne réagit pas immédiatement. Dans les autres cas, l'offrant devrait pouvoir décider de donner effet à l'acceptation, mais aucune présomption ne pourrait être déduite de son silence. Pareille limitation semble logique. Elle se justifie par un souci de davantage corriger les inconvénients pouvant résulter de l'appréciation du délai "*raisonnable*". Un tel délai est en effet par nature variable et dépend des circonstances de l'espèce. En imposant à l'offrant une action positive de refus, le législateur suisse fait de la sorte supporter par celui-ci seul les risques de la détermination de la durée du délai, puisque c'est à lui - et non au juge - qu'il appartiendra de décider si l'acceptation est parvenue dans un délai raisonnable et, s'il ne le pense pas, à réagir et refuser de lui donner effet. Cette solution paraît dès lors, par sa rigueur envers les auteurs d'offres, mieux rencontrer l'objectif de sécurité juridique.

La majeure partie de la doctrine semble cependant tolérer une application analogique de l'article 5, alinéa 3 à toute acceptation tardive, qu'elle ait été ou non assortie d'un délai d'acceptation³⁸⁰. Pareille interprétation, qui ne s'autorise pas des termes de la disposition légale, ne nous paraît pas nécessaire. L'équilibre requis entre les intérêts en présence se trouve à notre sens suffisamment protégé par la possibilité toujours reconnue à l'offrant de considérer

³⁸⁰ P. ENGEL, *o.c.*, 1997, p. 202-203 et les références citées.

l'acceptation parvenue en dehors du délai qu'il a fixé comme valide. Lui imposer en outre une obligation positive d'information, alors que la seule précision d'un délai permettait déjà d'améliorer la situation du destinataire de l'offre en diminuant l'incertitude de son sort, nous paraît excessif. Si elle se justifie parfaitement dans toutes les hypothèses où aucun délai n'a été précisé - hypothèse spécifiquement envisagée par l'article 5 - il n'en est pas de même lorsque tel n'est pas le cas. Certes, une telle extension du champ de l'obligation de bonne foi qu'impose l'alinéa 3 assure une large protection du destinataire de l'offre toutes les fois que le pollicitant a connaissance des circonstances du retard et du fait que celles-ci sont extérieures à sa volonté. Mais une telle protection n'est-elle pas trop exigeante et peu opportune dans certains échanges ? C'est là un choix de politique juridique qui se justifie certainement dans le cadre de relations entre professionnels et consommateurs, où une plus grande protection de la partie faible se conçoit parfaitement. Mais il ne nous semble pas qu'il doive en être ainsi dans le cadre de relations entre professionnels. Un excès de rigueur risque en effet de paralyser certaines transactions par la limitation qu'il impose des droits des parties.

161.- Au-delà de ces considérations, la doctrine suisse insiste encore sur l'obligation accessoire qui incombe au pollicitant de ne rien faire, durant l'écoulement du délai, qui puisse être de nature à compromettre l'exécution du contrat proposé³⁸¹.

2. La rétractation de l'offre (*Widerruf*)

162.- L'article 9 du code des obligations énonce que "*l'offre est considérée comme non avenue, si le retrait en parvient avant l'offre ou en même temps au destinataire, ou si, étant arrivé postérieurement, il est communiqué au destinataire avant que celui-ci ait pris connaissance de l'offre.*" (alinéa 1^{er})³⁸².

La rétractation de l'offre est donc en principe admise. Elle se cantonne cependant aux seules hypothèses où l'offre est faite entre personnes absentes³⁸³. Dans le cas contraire, en effet, la proposition à peine émise parvient à son destinataire de sorte qu'elle ne peut plus valablement être retirée³⁸⁴.

L'article 9 est intéressant en ce qu'il vise spécifiquement l'hypothèse d'un retrait "intellectuel". Cette disposition valide en effet la rétractation parvenue au plus tard en même

³⁸¹ P. ENGEL, *o.c.*, 1997, p.199.

³⁸² L'alinéa 2 de l'article 9 pose en outre pour principe que cette règle est également applicable à l'acceptation, laquelle peut donc être valablement retirée. V. *infra*, Titre II, Chapitre I, n° 184.

³⁸³ P. ENGEL, *o.c.*, 1997, p.199.

³⁸⁴ P. ENGEL, *o.c.*, 1997, p.199 ; H. MERZ, *o.c.*, 1993, pp. 60-61.

temps que l'offre (application de la théorie de la réception). Il est cependant affirmé que si le retrait de l'offre est communiqué avant la prise de connaissance de l'offre, cette dernière est "annulée" (théorie de l'information, dérogation à la réception).

163.- En droit suisse, il est donc admis que l'offre soit valablement retirée si son retrait parvient au destinataire avant ou au même moment que l'offre (retrait matériel) ou, quand bien même la rétractation serait parvenue après l'offre, s'il est démontré que son destinataire avait, avant ce moment, connaissance de celle-ci (retrait intellectuel). Le retrait n'est en effet en lui-même pas préjudiciable pour le destinataire de l'offre tant qu'il n'a pu en prendre connaissance et, ainsi, espérer la conclusion du contrat.

3. La caducité de l'offre

164.- Le droit suisse enseigne que les droits formateurs ne peuvent être exercés indéfiniment³⁸⁵. *"Une situation juridique incertaine quant à son existence ou à son évolution future doit normalement être clarifiée au bout d'un certain temps"*³⁸⁶.

165.- En principe, le décès du pollicitant ou son incapacité entraînent l'anéantissement de l'offre si celle-ci n'a pas encore été expédiée. Dans le cas contraire, elle est maintenue et reprise par les héritiers du défunt en vertu du principe de la succession universelle posé par l'article 560 du code civil³⁸⁷. Il n'en sera différemment que si le contrat projeté était considéré comme *intuitu personae* dans le chef de l'offrant, auquel cas la caducité frappe nécessairement l'offre initiale³⁸⁸.

166.- L'offre devient encore caduque lorsque son destinataire la refuse, expressément ou tacitement³⁸⁹.

III. L'acceptation de l'offre (*Annahme*)

167.- Le principe de base est posé par l'article 1^{er} du code des obligations, lequel prend soin de préciser que *"le contrat est parfait lorsque les parties ont, réciproquement et d'une*

³⁸⁵ H. MERZ, *o.c.*, 1993, p.58, § 8.

³⁸⁶ *Ibidem*.

³⁸⁷ P. ENGEL, *o.c.*, 1997, p.200.

³⁸⁸ P. ENGEL, *o.c.*, 1997, p.200.

³⁸⁹ P. GAUCH, W. SCHLUEP et P. TERCIER, *o.c.*, 1982, p. 58.

manière concordante, manifesté leur volonté." (alinéa 1^{er}). Il ajoute en outre que *"cette manifestation peut être expresse ou tacite."* (alinéa 2).

Plusieurs règles se dégagent de cette disposition. Tout d'abord, l'absence de formalisme, consécration la plus simple du principe du consensualisme que la Suisse partage avec les autres droits que nous avons étudiés. Cette règle est encore confirmée à l'article 11 du code, lequel énonce que *"la validité des contrats n'est subordonnée à l'observation d'une forme particulière qu'en vertu d'une prescription spéciale de la loi."* Ensuite, l'exigence d'une réciprocité et d'une concordance entre les manifestations de volontés, ce qui nous conduira à considérer le sort du contrat lorsque l'acceptation diverge de l'offre initialement émise.

A. Forme de l'acceptation

168.- L'acceptation n'est soumise à aucune exigence particulière de forme. Prolongeant le principe inscrit à l'article 1^{er} du code des obligations, l'article 6 du code des obligations admet expressément que cette dernière soit tacite³⁹⁰. Selon cette disposition, en effet, *"lorsque l'auteur de l'offre ne devait pas, en raison soit de la nature spéciale de l'affaire, soit des circonstances, s'attendre à une acceptation expresse, le contrat est réputé conclu si l'offre n'a pas été refusée dans un délai convenable."*

La règle est intéressante car elle vise une hypothèse bien particulière que nous ne trouvons consacrée dans aucune autre législation nationale relative à la phase de formation des accords. En vertu de cette disposition, en effet, il ne s'agit plus simplement d'acquiescer au caractère tacite de l'acceptation, et de reconnaître que dans certains cas, lorsque le silence ou l'inaction s'accompagnent de circonstances particulières, ils peuvent avoir des effets de droit. Un pas supplémentaire est franchi puisque l'on exige ici purement et simplement du destinataire de l'offre une réaction s'il n'entend pas accepter la proposition qui lui a été adressée. De la sorte, le silence est alors en soi constitutif d'acceptation, quand bien même il pourrait être considéré comme équivoque ou que telle ne serait pas la volonté du destinataire de l'offre³⁹¹. Il en sera ainsi, par exemple, lorsque le comportement adopté peut raisonnablement être lu comme un acquiescement à l'offre précédemment émise.

Une telle lecture de l'article 6 s'autorise de la précision que cette disposition contient selon laquelle le contrat *"est réputé"* conclu. Il s'agirait alors d'admettre que le principe de confiance soit également un instrument de protection de l'offrant originaire dès lors que celui-ci a

³⁹⁰ P. ENGEL, *o.c.*, 1997, pp. 203 et suivantes citant notamment W. YUNG, "l'acceptation par le silence d'une offre de contracter", *Mélanges en l'honneur de Roger SECRETAN*, Montreux, 1964, pp. 399 et suivantes ; V. également l^{ère} Cour Civile, 5 décembre 1967 (*Masse faillie de Fonds Immobiliers SA c. FERSZT et banque Romande SA*), ATF 98 II 461.

³⁹¹ P. PIOTET, *o.c.*, p.86 à 88.

raisonnablement pu interpréter le comportement du destinataire de sa proposition comme une acceptation. Dans ce cas, l'apparence l'emporte et justifie que le contrat soit présumé conclu.

Certes, la règle vise les seuls cas, exceptionnels, où *"l'auteur de l'offre ne devait pas (...) s'attendre à une acceptation expresse"*, mais elle ne précise pas dans quelles circonstances tel sera le cas. S'agit-il là d'un gage suffisant de sécurité ? L'interprétation restrictive réservée à cette disposition nous pousse à penser que sa formulation est peu heureuse et qu'en réalité est seule visée la possibilité pour le destinataire de l'offre d'acquiescer à celle-ci sans émettre nécessairement une déclaration de volonté en ce sens. Les termes utilisés autoriseraient cependant une lecture plus large.

169.- La doctrine suisse³⁹² admet que le silence soit constitutif d'une acceptation lorsque la loi le prévoit (v. article 395 CO³⁹³), mais également lorsque les parties sont en relations courantes d'affaires, lorsque l'offre est faite dans l'intérêt exclusif de son destinataire ou lorsque les usages l'autorisent. En d'autres mots, *"le contrat sera noué par une acceptation silencieuse en application des règles de bonne foi lorsque l'auteur de l'offre, appréciant toutes les circonstances qu'il peut et doit connaître, a la certitude que le destinataire qui garde le silence a la volonté d'accepter, car le récepteur ne manquerait pas de refuser s'il entendait ne pas accepter et lorsque le destinataire, procédant pour sa part à une appréciation analogue mais inverse de la situation, peut se convaincre que l'offrant interprétera son silence comme une preuve de sa volonté d'accepter"*³⁹⁴.

170.- En outre, tout comme le droit allemand dont il s'est par ailleurs inspiré, le droit suisse reconnaît l'existence de "relations contractuelles de fait" (*faktisches Vertragsverhältnis*)³⁹⁵. Selon la doctrine suisse, l'on vise ici *"un rapport d'obligations qui a un contenu analogue au*

³⁹² V. notamment P. ENGEL, *o.c.*, 1997, pp. 204 et suivantes.

³⁹³ Selon l'article 395 du code des obligations suisse - applicable au contrat de mandat -, *"à moins d'un refus immédiat, le mandat est réputé accepté lorsqu'il se rapporte à des affaires pour la gestion desquelles le mandataire a une qualité officielle, ou qui rentrent dans l'exercice de sa profession, ou pour lesquelles il a publiquement offert ses services."*

³⁹⁴ P. ENGEL, *o.c.*, 1997, p.206.

³⁹⁵ P. ENGEL, *o.c.*, 1997, pp. 192-193 ; R. JEANPETRE, "le contrat de fait", *R.J.N.*, 1982, pp. 9 et suivantes.

P. ENGEL s'exprime en ces termes : *"Il existe des cas où l'offre et l'acceptation ne sont pas nécessaires. La réalisation de certaines circonstances engendre un rapport contractuel (...) À l'instar de la doctrine allemande, on invoque parfois la situation contractuelle de fait pour appliquer à un substrat circonstanciel donné des effets juridiques analogues à ceux d'un contrat, quand bien même une convention n'existe pas ou n'existe plus"* (p. 192). Il poursuit cependant en considérant que *"il tombe sous le sens que cette expression est vicieuse. Le fait et le droit sont logiquement des concepts hétérogènes. Le droit ordonne et régit les faits ; les faits ne peuvent créer quelque contrat que ce soit. Il faut une règle pour qu'une situation déterminée engendre des effets juridiques (...)"* (p. 193).

contrat, mais qui découle d'un simple rapport de fait et non de la conclusion d'un contrat valable"³⁹⁶. Plus exactement, il s'agit de situations "*dans lesquelles deux personnes ont noué des relations sans conclure de contrat valable, mais pour lesquelles il n'est pas moins justifié d'appliquer les règles contractuelles*"³⁹⁷.

Trois conditions cumulatives doivent être réunies pour que l'on puisse parler de telles relations "de fait". Il faut, tout d'abord, que les parties se comportent comme si un contrat avait été conclu entre elles, alors que tel n'est pas ou plus le cas. Il est requis, ensuite, que les parties entretiennent des relations suivies et régulières. Enfin, la situation juridique créée doit justifier l'application des règles analogues applicables aux relations contractuelles. La jurisprudence suisse réserve de la sorte ce concept aux situations, plus exceptionnelles, où une "*situation contractuelle*" a perduré entre les parties malgré la disparition ou l'inexistence d'un accord de volontés (inexistence, invalidité ou cessation des relations)³⁹⁸.

Cette théorie d'origine allemande semble garder, en Suisse, une portée qui, bien que réduite, ne lui est plus guère reconnue en Allemagne. La réception de la notion d'acceptation tacite permet en effet largement de rencontrer ces mêmes situations de sorte que le détour par une telle théorie n'y est plus paru nécessaire. En Suisse également, certains auteurs ont marqué leur préférence pour fonder certaines des solutions posées sur la théorie de l'apparence, mais la jurisprudence demeure encore à ce jour réticente à se joindre à cette thèse³⁹⁹.

Il reste qu'une telle théorie, malgré les critiques qu'elle suscite, présente le mérite de discerner plus aisément cet ensemble de situations où les parties n'ont pas entendu "officialiser" leur accord, mais où leurs comportements répétés permettent de conclure à l'existence d'une relation contractuelle. Elle semble encore autoriser de ne pas devoir nécessairement faire le détour par les notions d'offre et d'acceptation puisque, dans ces cas particuliers, seule importe la reconnaissance d'une relation contractuelle. Et c'est cette situation seule qui autorisera le déclenchement automatique de l'application des règles applicables aux obligations contractuelles. Enfin, elle correspond certainement plus adéquatement au sentiment qu'ont les

³⁹⁶ P. GAUCH, W. SCHLUEP et P. TERCIER, *o.c.*, 1982, pp. 47 et suivantes.

³⁹⁷ P. GAUCH, W. SCHLUEP et P. TERCIER, *o.c.*, 1982, pp. 47 et suivantes.

³⁹⁸ P. ENGEL, *o.c.*, 1997, p.192. L'auteur cite en outre deux applications jurisprudentielles de cette théorie (*Ibidem*, p. 193). La première vise l'hypothèse où les parties se sont comportées comme si elles étaient dans les liens d'un contrat de bail, alors que celui-ci ne pouvait être valide à défaut de précision de ses éléments essentiels. La seconde est celle où un contrat de leasing a été exécuté de bonne foi pendant une longue période, mais est ensuite annulé. Le locataire, sur la base de cette théorie, peut alors obtenir indemnisation de son dommage. V. les références citées par l'auteur.

³⁹⁹ P. ENGEL, *o.c.*, 1997, p.193. L'auteur cite en effet d'autres fondements, comme les règles de l'enrichissement illégitime (article 62 et suivants du code des obligations), la responsabilité du possesseur ou encore la théorie des nullités.

parties de la relation nouée entre elles. Il est en effet fréquent, dans nos économies de masse, que les agents adoptent un comportement sans avoir réellement conscience de conclure un contrat. La reconnaissance des contrats "de fait", imposant une application par analogie des règles admises en matière contractuelle, est alors plus révélatrice de la psychologie des consommateurs qui en sont les acteurs.

171.- Quoi qu'il en soit, il est admis en droit suisse que l'acceptation puisse revêtir toute forme possible pour autant qu'elle soit concordante et univoque. Si, en principe, elle ne peut cependant être déduite du silence du destinataire de l'offre - en ce compris lorsque les parties entretiennent des relations suivies d'affaires⁴⁰⁰ -, les circonstances de la cause pourront lui accorder une portée conformément à l'article 6.

B. L'acceptation modalisée

172.- Selon l'article 2, alinéa 1^{er} du code des obligations⁴⁰¹, le contrat est conclu dès qu'il y a rencontre des volontés sur les éléments essentiels, et ce même si certaines réserves ont été émises concernant des points secondaires. Dès que l'accord est arrêté sur les *essentialia negotii*, le contrat se forme et fait naître les obligations qu'il contenait en germe. Il est admis que la question de savoir quand la modification touche un point essentiel ou secondaire doit être résolue, dans le respect des exigences de bonne foi, en recherchant la volonté des parties. Lorsque celle-ci ne peut être constatée avec une certitude suffisante, l'article 2 présume que la modification porte sur un élément secondaire, de sorte que le contrat sera "*réputé conclu*".

• Objet de l'article 2 CO au regard des principes gouvernant la formation des accords

173.- L'article 2 présente à notre sens un double objet, dont le premier se scinde lui-même en deux perspectives.

Cette disposition résout, tout d'abord, la question de savoir si le contrat est ou non conclu, et donc, accessoirement, si les parties disposent encore du libre choix de se rétracter. La réponse qui y est inscrite se présente elle-même sous une double facette.

⁴⁰⁰ P. GAUCH, W. SCHLUEP et P. TERCIER, *o.c.*, 1982, pp.62-63, n° 329 et suivants citant notamment ATF 30/1904 II 301, nt.

⁴⁰¹ Article 2.

1. Si les parties se sont mises d'accord sur tous les points essentiels, le contrat est réputé conclu, lors même que des points secondaires ont été réservés.
2. A défaut d'accord sur les points secondaires, le juge les règle en tenant compte de la nature de l'affaire.
3. Sont réservées les dispositions qui régissent la forme des contrats.

Premièrement, poser pour règle que l'échange des consentements sur les seuls éléments essentiels parfait le contrat - alors même que des éléments accessoires devraient encore faire l'objet d'une détermination ultérieure -, témoigne d'une volonté certaine de sauvegarder l'existence de celui-ci. En ce sens, un désaccord entre les parties sur des éléments mineurs ne peut en principe faire obstacle à la formation du contrat. La présomption est cependant réfragable, et les parties sont admises à la renverser en établissant l'importance que revêtait, pour elles, un point sur lequel l'accord fait défaut.

Ensuite, l'article 2 pose également pour règle que l'accord sur ces *essentialia negotii* est une condition nécessaire de l'existence du contrat et que son absence est à même d'y faire obstacle. Les parties ne pourraient donc s'en remettre à une détermination ultérieure quant aux éléments objectivement *ou* subjectivement essentiels de la convention projetée.

Le consentement des parties doit s'étendre sur les éléments essentiels du contrat projeté, lesquels doivent être précisés dans l'offre qui en constitue la préfiguration. En ce sens, l'acceptation devra nécessairement correspondre aux termes de cette dernière et ne pourrait, sous peine d'entraver le processus de formation, contenir une quelconque réserve ou condition à laquelle elle serait subordonnée. L'acceptation non conforme constitue en effet une nouvelle offre qu'il appartiendra à l'offrant originaire d'accepter pour conclure le contrat⁴⁰².

La seconde question qu'aborde l'article 2 du code des obligations se concentre davantage sur le rôle du juge. Selon cette disposition, en effet, ce dernier dispose du pouvoir important de compléter la convention lacunaire, grâce aux dispositions supplétives de la loi ou à ce qu'il estime juste et équitable au regard des exigences de bonne foi appliquées au contexte litigieux.

Enfin, si l'article 2 semble ne régir que les hypothèses de désaccords manifestes des parties quant à l'existence du contrat, la doctrine admet que son application s'étend, par analogie, aux cas où le désaccord n'est que latent⁴⁰³.

- *Portée de l'article 2 et acceptation modalisée*

174.- L'article 1^{er} du code des obligations exige, pour que le contrat se forme, un consentement, c'est-à-dire une réciprocité et une concordance parfaite des volontés isolées de ceux qui entendent se lier. Sur ce point, "*la concordance de volonté suffit pour que le contrat*

⁴⁰² P. ENGEL, *o.c.*, 1997, p.201.

⁴⁰³ *Contra* : P. PIOTET, *o.c.*, 1956, p. 148 qui lui préfère une analogie avec l'article 20 du code des obligations. Selon cet auteur, en effet, on ne pourrait présumer l'existence du contrat dès lors que les parties ont ignoré leur désaccord. Dans ce cas, en effet, elle n'ont pu réserver certains points de la convention sur lesquels elles accepteraient une détermination ultérieure par le juge ou par l'une d'entre elles à défaut de nouvel accord de volonté.

se noue, mais les volontés doivent s'accorder pour que se forme valablement le consentement"⁴⁰⁴.

175.- La composition double de l'acte volontaire, en une volonté intime et une volonté déclarée, justifie, en droit suisse, que soient distingués deux types de désaccords. Le désaccord peut en effet, tout d'abord, porter sur la volonté réelle de celui qui paraît s'obliger. Il peut, ensuite, porter uniquement sur la déclaration dans laquelle celle-ci doit se fondre. Ainsi, à l'instar du droit allemand, le législateur suisse accorde un sort différent selon que le désaccord, ou dissentiment, est ouvert ou conscient (*offenbarer Dissens*) ou fermé, c'est-à-dire latent et inconscient (*versteckter Dissens*)⁴⁰⁵.

D'importants débats ont révélé la difficulté du choix de la solution à apporter à de tels litiges, selon que l'on entende préférer le respect absolu des volontés intimes (*Willenstheorie*) ou des seules volontés déclarées (*Erklärungstheorie*). Finalement, c'est une voie médiane, plus respectueuse des deux intérêts en présence, qui a été choisie par l'admission du principe de confiance⁴⁰⁶. Par application de ce dernier principe, l'auteur de l'offre sera lié par sa déclaration selon le sens objectif que le destinataire de celle-ci peut, en toute bonne foi, lui accorder⁴⁰⁷.

176.- Pour parfaire le contrat, l'accord des volontés doit porter sur l'ensemble des éléments objectivement - et légalement - considérés comme caractéristiques du contrat (*essentialia negotii*)⁴⁰⁸. En ce sens, l'acceptation devrait nécessairement présenter le même contenu de l'offre. Une manifestation de volonté qui contient des clauses divergentes ou ajoute des

⁴⁰⁴ P. ENGEL, *o.c.*, 1997, p. 213.

⁴⁰⁵ P. ENGEL, *o.c.*, 1997, pp. 214 et suivantes.

⁴⁰⁶ V. ATF 95/1969 II p. 320, 328-329 (fr.) = (rés.) JT 1970 I p. 551-552 : Selon cette décision, rendue le 18 novembre 1969 (*Banque Commerciale SA c. Palthey et consorts*), par la Chambre civile "Comme toute déclaration de volonté, la décharge doit être comprise dans le sens que, de bonne foi, son destinataire peut lui donner raisonnablement."

V. également ATF 109/1983 II p. 219 (fr.) = (rés.) JT 1984 I p. 570 cités par P. ENGEL, *o.c.*, 1997, p. 216.

⁴⁰⁷ V. ATF 94/1968 II, p. 117, 118 i.f. = JT 1969 I, p. 648-649 *précité* - Décision de la Chambre civile du 11 juin 1968 (*Hälg & Co. c. Strässle Scohne & Co.*) : "Quiconque fait une déclaration de volonté adressée à autrui est lié par sa déclaration selon le sens que le destinataire peut et doit lui attribuer raisonnablement et de bonne foi".

⁴⁰⁸ II^{ème} Cour civile, 27 novembre 1958 (*Roschi v. Roschi*), ATF 84 II 418. V. aussi décision de la Chambre civile du 29 avril 1958, ATF 84 II 266 (*i.S. Max Widmer-Müller, Möbel AG c. Eheleute Läber* - vente avec paiement anticipé du prix) : Selon la Chambre civile, si le prix est déterminé ou déterminable au moment de la conclusion du contrat, de même que la chose vendue, le contrat est parfait. En ce qui concerne les marchandises, il suffit qu'elles puissent être déterminées au moment de la livraison (considérant 2). Elle considère alors que les conditions de paiements étant des éléments secondaires, ils peuvent être déterminés après la conclusion du contrat, mais il n'en est pas de même des éléments essentiels, lesquels doivent nécessairement être fixés au moment de l'échange des consentements (considérant 3 - article 2 CO).

V. également ATF 97/1971 II, p. 53, 55-56 = JT 1972 I, p. 52, 55.

réserve aux conditions préalablement posées n'est donc, en principe, pas lue comme une acceptation.

La doctrine et la jurisprudence admettent cependant que cette obligation s'étend également aux éléments objectivement secondaires considérés comme déterminants par les parties ou les usages⁴⁰⁹⁴¹⁰. Pour accéder à cette qualité, les éléments mineurs doivent cependant avoir été connus de l'autre partie, ou du moins ne peuvent avoir été ignorés d'elle⁴¹¹. C'est donc à celui qui prétend faire d'un point secondaire un élément déterminant à attirer l'attention de l'autre sur la portée qu'il lui accorde. À défaut de telle réserve, le contrat sera parfait dès lors qu'ont été négociés les seuls éléments essentiels et le juge sera autorisé à combler les éventuelles lacunes du contrat (alinéa 2). Cette disposition contient ainsi une présomption selon laquelle le seul accord sur les éléments objectivement essentiels forme le contrat et la partie qui n'aurait pas pris soin d'attirer l'attention de l'autre sur le caractère déterminant d'un élément secondaire ne pourra s'en prévaloir pour refuser la conclusion du contrat.

- *Originalité de l'article 2 : une reconnaissance formelle du rôle du juge dans le complètement du contrat*

177.- L'article 2 du code envisage spécifiquement l'hypothèse où les parties se sont accordées quant aux éléments essentiels, mais s'en sont remises à un accord ultérieur quant à un point qualifié de secondaire. Le contrat est formé puisque se trouvent précisés les éléments objectivement essentiels de celui-ci, voire les éléments subjectivement essentiels si telle a été leur volonté commune. Mais cette convention est lacunaire, tous ses éléments n'ayant pas été précisés. Dans ce cas, et selon cette disposition, si un accord n'a pu être ultérieurement trouvé entre les parties, c'est au juge qu'il conviendra de compléter les points laissés intacts.

178.- Des balises sont cependant posées afin de légitimer cette intervention judiciaire⁴¹². Il est d'abord requis que, malgré les négociations, les parties aient abandonné un élément secondaire à une détermination ultérieure. Il faut, ensuite, qu'elles aient "réserve" ce point,

⁴⁰⁹ P. ENGEL, *o.c.*, 1997, p. 219 et suivantes ; P. TERCIER, *o.c.*, 1996, p.82 ; P. PIOTET, *o.c.*, 1956, p.146.

⁴¹⁰ Il en ressort que la distinction entre les éléments "*essentiels*" et ceux qui ne le sont pas, et ainsi la définition donnée à la première de ces notions, est lourde de conséquences. Pourtant, la doctrine suisse semble partagée sur le sens à y accorder selon que cette notion recense uniquement l'ensemble des éléments sur lesquels l'accord des parties est requis, ne fut-ce que par la volonté d'une seule d'entre elles (P. PIOTET, *o.c.*, 1956, p. 146-147) ou que l'on y insère également tous les éléments qui, au regard des circonstances ou des usages, le sont (BECKER, cité par P. PIOTET, *o.c.*, 1956, p. 147). La première approche, plus subjective, n'a en effet égard qu'aux volontés manifestées par les parties lorsque la loi n'a pas fait du point litigieux un élément caractéristique de la convention. La seconde, plus objective, ne se réfère sur ce point qu'à l'acceptation commune de cet élément.

⁴¹¹ P. ENGEL, *o.c.*, 1997, p.219.

⁴¹² P. ENGEL, *o.c.*, 1997, pp.220-221.

c'est-à-dire qu'elles soient convenues, expressément ou tacitement, de le renvoyer à un accord ultérieur ou, à défaut d'entente, à la décision du juge.

Ainsi, malgré l'importante délégation accordée au juge dans le complètement du contrat, celle-ci ne peut s'exercer sans limite. Il a de la sorte été considéré que *"en principe, le contrat est parfait dès que les parties se sont mises d'accord sur tous les éléments essentiels. Mais il n'appartient pas toujours au juge de régler les points secondaires qu'elles n'ont pas discutés ou sur lesquels elles n'ont pu s'entendre. Selon l'article 2, alinéa 1^{er} et 2 CO, il n'a un tel pouvoir de compléter la volonté des contractants que sur les points qu'ils ont réservés. En revanche, l'article 2, alinéa 2 du CO n'est pas applicable lorsque les parties n'ont ni réglé une question secondaire ni renvoyé ce règlement à un accord ultérieur. En pareil cas, ce point doit être tranché d'après les dispositions légales de droit dispositif applicables au contrat considéré"*⁴¹³. Il a de même été décidé que *"(...) la manière peu précise dont elles [ndlr les parties] ont évoqué le problème du transfert des marques ne permet pas en l'occurrence, d'y voir une clause contractuelle aux termes de laquelle elles seraient convenues de réserver à un accord ultérieur le règlement de ce point tenu pour secondaire (art. 2 CO) ; il n'y a donc pas lieu de compléter le contrat en application de l'article 2, alinéa 2, mais seulement de l'interpréter"*⁴¹⁴. L'article 2 du code des obligations n'est donc pas applicable lorsque les parties n'ont pas renvoyé à un accord ultérieur ou si la question n'a pas été discutée lors des négociations⁴¹⁵.

179.- Le juge dispose naturellement de deux méthodes pour suppléer aux lacunes du contrat⁴¹⁶. Dès lors que les parties sont d'accord sur les éléments - objectivement et subjectivement - essentiels du contrat envisagés, et quand bien même elles divergent quant à un point secondaire, le contrat est réputé conclu conformément au principe expressément posé par l'article 2. Si le point litigieux a été réservé, le juge dispose du pouvoir de compléter le contrat à défaut d'accord ultérieur (article 2, alinéa 1^{er}). Sa marge d'appréciation est alors particulièrement large puisqu'il est autorisé dégager la solution la plus conforme aux faits qui lui sont soumis (article 2, alinéa 2). Il tiendra compte de *"la nature de l'affaire"*⁴¹⁷, et n'est pas lié par les normes légales supplétive.

Si, au contraire, les parties n'ont pas pris soin de réserver le point demeuré en suspens, la loi n'offre aucune solution. La doctrine majoritaire, ainsi que la jurisprudence, admettent que la

⁴¹³ Cour civile, 8 octobre 1957 (*Thiébaud v. Textil-Werke Blumenegg AG*), ATF 83 II 522.

⁴¹⁴ 1^{ère} Cour civile, 8 octobre 1985 (*Dame R. v. Hygiene S.A.*), ATF 111 II 291.

⁴¹⁵ V. P. ENGEL, *o.c.*, 1997, p. 220 et les références citées.

⁴¹⁶ P. TERCIER, *o.c.*, 1996, pp. 125-126, particulièrement les § 701 et 702.

⁴¹⁷ P. ENGEL, *o.c.*, 1997, p.220. V. également ATF 84/1958 II p. 266, 275-276 = JT 1959 I, p. 42, 46 *précité* ; ATF 84/1958 II, p. 628, 631-632 = JT 1959 I p. 362, 365.

convention sera néanmoins conclue⁴¹⁸. Le juge ne pourra alors cependant en combler les lacunes que par référence au droit dispositif si celui-ci respecte l'économie contractuelle. Si une telle règle est inexistante, comme c'est le cas principalement des contrats innommés, il lui reviendra *"d'imaginer la volonté hypothétique des parties"* dans le respect scrupuleux des exigences de bonne foi (article 1^{er} du code civil⁴¹⁹). Les usages, mais également une comparaison avec d'autres droits nationaux, lui permettront alors de conférer au contrat un contenu utile et le plus proche de ce que la volonté des parties aurait raisonnablement pu être au regard des circonstances.

- *L'article 2 du CO et le § 154 du BGB*

180.- L'article 2 du code des obligations suisse est sans conteste une disposition originale par rapport au § 154 du BGB. Cette première disposition, par son double objet, est le fruit de la souplesse certaine qui transpire de la législation suisse, soucieuse de maintenir le contrat en vie et d'apporter aux éventuelles lacunes que celui-ci comprend des solutions simples et pragmatiques. En cas de dissentiment entre les parties, le contrat sera présumé conclu dès lors que les volontés se sont échangées sur les éléments essentiels de l'accord projeté. Le juge sera alors autorisé, s'il est impossible de dégager une solution négociée aux lacunes présentées, à substituer son appréciation raisonnable et à insérer dans le contrat la solution qui lui paraît juste au regard des circonstances de l'espèce.

Le juge allemand ne dispose pas de la même latitude. Tout dissentiment entre les contractants est traité en tant que tel. Dès lors qu'il est conscient, et alors même que la divergence atteint un élément secondaire, le contrat est inexistant. Si, au contraire, les parties ne sont pas conscientes du conflit, il sera présumé conclu quant aux points négociés et le droit supplétif sera voué à combler les points dépourvus de toute réglementation.

Un parallèle peut de la sorte effectivement être tracé entre l'article 2 et le § 154. Les positions contenues dans les droits suisse et allemand paraissent effectivement opposées, le premier étant plus souple, et le second témoignant d'une rigueur incontestable. Concernant le dissentiment ouvert, en effet, le désaccord des parties pourra autoriser, en droit suisse, la conclusion du contrat lorsqu'il est limité aux points secondaires, alors qu'il ne le pourra jamais

⁴¹⁸ ATF 103 II 193.

⁴¹⁹ Selon cette disposition, en effet,

"1. La loi régit toutes les matières auxquelles se rapportent la lettre ou l'esprit de l'une de ses dispositions.

2. A défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur.

3. Il s'inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence."

en droit allemand (§ 154). La solution admise en cas de dissentiment fermé paraît cependant quant à elle identique en droit suisse et en droit allemand (§ 155)⁴²⁰.

- *Conclusion*

181.- L'article 2 du code des obligations suisse consacre une solution souple à l'absence de concordance que peuvent présenter l'offre et l'acceptation. Celle-ci se retrouve cependant également en droits belge, français, et, nous le verrons, dans les pays de *common law*. De même, les instruments internationaux portant sur la phase de formation des accords témoignent d'une *favor contractus* exprimée dans des termes semblables.

En réalité, l'originalité de l'article 2 nous paraît de la sorte davantage résider dans la reconnaissance formelle qu'il contient du pouvoir de comblement des lacunes accordé au juge.

C. L'acceptation tardive

182.- Le moment où doit intervenir l'acceptation pour produire des effets, et ainsi former le contrat, se trouve précisé dans l'article 4 du code, selon lequel "*lorsque l'offre a été faite à une personne présente, sans fixation d'un délai pour l'accepter, l'auteur de l'offre est délié si l'acceptation n'a pas lieu immédiatement.*" (alinéa 1^{er}). En principe donc, lorsque les parties sont en présence l'une de l'autre, ou ont recours à un mode de communication instantané, l'acceptation doit être immédiate. Dans les autres cas, c'est-à-dire lorsque les parties ne sont pas en présence, les articles 3 et 5 exigent que le destinataire de l'offre prenne position, soit dans le délai fixé par l'offrant, soit, à défaut, dans un délai raisonnable.

183.- Si l'acceptation est faite "hors délai", elle constitue une nouvelle offre et est dès lors dépourvue de tout effet formateur. L'article 5 du code des obligations énonce que "*lorsque l'offre a été faite sans fixation de délai à une autre personne non présente, l'auteur de l'offre reste lié jusqu'au moment où il peut s'attendre à l'arrivée d'une réponse expédiée à temps et régulièrement. Il a le droit d'admettre que l'offre a été reçue à temps. Si l'acceptation expédiée à temps parvient tardivement à l'auteur de l'offre, et que celui-ci entende ne pas être lié, il doit en informer immédiatement l'acceptant.*".

La position ainsi posée est conforme à celle dégagée en droit allemand. Elle ne paraît par contre pas être celle défendue en droits belge et français. Dans ces derniers droits, en effet, l'acceptation tardive est privée d'effets et ne peut que tout au plus constituer une nouvelle

⁴²⁰ Une partie de la doctrine considère cependant que le dissentiment caché sur un point secondaire appelle une application analogique des principes dégagés en cas de dissentiment ouvert. P. ENGEL, *o.c.*, 1997, p. 220 et les références citées.

offre que l'offrant originaire sera libre d'accepter ou de refuser. Il importe peu que le retard soit ou non imputable à l'acceptant.

En droit suisse, au contraire, seule l'acceptation expédiée tardivement sera définitivement privée d'effet formateur lorsque l'offrant n'a pas pris soin de préciser un délai d'acceptation. Elle constitue une nouvelle offre, génératrice d'un nouveau droit formateur dans le chef de l'offrant originaire. Par contre, et dans cette même hypothèse, lorsque l'acceptation a été expédiée à temps, mais s'est vue retardée par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur, le code des obligations met l'offrant originaire devant une alternative : *soit* dénoncer immédiatement le retard et confirmer la caducité de l'acceptation, *soit* rester inactif et se soumettre à la conclusion du contrat. Comme le relève P. ENGEL, la loi sanctionne donc de la sorte un devoir d'information puisque "*le contrat naît non de l'acceptation de l'offre (qui est caduque), mais du défaut d'un avis obligatoire*"⁴²¹.

D. Le retrait de l'acceptation

184.- En vertu de l'article 9, alinéa 2, l'acceptation peut, tout comme l'offre (article 9, alinéa 1^{er}), être retirée par son auteur. Celle-ci sera alors dépouillée de tout effet, à moins que l'on se trouve dans une des deux exceptions prévues à cette disposition⁴²².

L'article 9 précise ainsi que l'acceptation pourra être retirée si ce retrait parvient à l'offrant avant l'acceptation ou en même temps que celle-ci ou si l'offrant en prend connaissance avant d'avoir pris connaissance de l'acceptation. Sont de la sorte envisagés, conjointement, la théorie de la réception (1^{ère} hypothèse) avec les avantages incontestables qu'elle présente en termes de sécurité juridique et de preuve, et la théorie de l'information (2^{ème} hypothèse) avec les risques certains de spéculation qu'elle tolère dans le chef du destinataire de l'offre. Cette seconde perspective autorise en effet l'acceptant à s'assurer de l'obligation imposée à l'auteur de l'offre, tout en se réservant la faculté de se dédire par l'utilisation d'un mode de communication plus rapide.

IV. Moment de la formation du contrat

185.- Selon les articles 3, alinéa 2 (offre avec délai) et 5, alinéa 2 (offre sans délai), toute personne qui propose à une autre la conclusion d'un contrat est déliée si l'acceptation ne lui parvient pas avant l'expiration du délai convenu, ou à défaut d'une telle fixation, avant l'expiration d'un délai raisonnable. Ce faisant, ces dispositions consacrent clairement la

⁴²¹ P. ENGEL, *o.c.*, 1997, p. 202. V. également *supra*.

⁴²² P. ENGEL, *o.c.*, 1997, p. 201.

théorie de la réception⁴²³. Pourtant, d'importants correctifs à cette règle ont été d'emblée consacrés.

186.- Tout d'abord, l'article 9 du code des obligations affirme que la déclaration de volonté ne sera pas suivie d'effets si sa rétractation est *communiquée* avant qu'elle ne parvienne.

187.- Plus intéressant est l'article 10, alinéa 1^{er}, lequel fait également rétroagir la formation du contrat entre absents au moment de l'expédition de l'acceptation ou de la réception de l'offre. Selon cette disposition, le "*contrat conclu entre absents déploie ses effets dès le moment où l'acceptation expresse a été expédiée*" (alinéa 1^{er}). Qui plus est, "*si une acceptation expresse n'est pas nécessaire, les effets du contrat remontent au moment de la réception de l'offre*" (alinéa 2). Ainsi, est-il admis, en droit suisse, que le contrat se forme, entre personnes présentes, au moment de l'échange des consentements et, entre absents, soit au moment de l'expédition de l'acceptation, soit au moment de la réception de l'offre par son destinataire lorsque celui-ci peut accepter tacitement la proposition qui lui est faite.

188.- L'article 10 du Code des obligations régit en réalité deux aspects distincts, d'une part le moment de la perfection du contrat et, d'autre part, le point de départ des effets du contrat conclu. Les parties sont en effet, en vertu de cette disposition, définitivement liées dès que l'acceptation est reçue par l'offrant (théorie de la réception), mais les effets de ce contrat remontent au moment de l'expédition de l'acceptation (théorie de l'expédition). Cette distinction dans le temps est parue la plus conforme à l'exigence de sécurité juridique, le moment de l'envoi de l'acceptation pouvant, sur un plan probatoire, plus aisément être déterminé. Ceci implique cependant également, pour l'acceptant, que celui-ci soit capable de s'exécuter dès le moment où il expédie son accord puisque ses obligations sont à ce moment exigibles.

Lorsque cependant l'acceptation résulte d'un silence circonstancié, le contrat prendra effet dès le moment de la réception de l'offre par son destinataire.

SECTION 5. LA COMMON LAW

189.- La *common law*, par son approche naturellement plus pragmatique et casuistique, constitue un apport certain dans toute réflexion sur le droit des contrats.

Sa réticence naturelle à autoriser l'entrée dans la sphère contractuelle, et la lecture relativement laxiste qu'elle fait du principe de la liberté des négociateurs, interpellent tout

⁴²³ V. également P. GAUCH, W. SCHLUEP et P. TERCIER, *o.c.* 1982, p. 36-37 ; P. ENGEL, *o.c.*, 1997, pp. 208-209.

particulièrement les juristes continentaux plus familiarisés à un encadrement moral des émissions de volonté.

En *common law*, un libéralisme poussé justifie que les partenaires économiques y soient considérés comme à mêmes de choisir librement les relations répondant au mieux à leurs intérêts respectifs, et puissent dès lors opérer de tels choix sans contrainte excessive. La rupture des négociations y est plus difficilement sanctionnée, et le revirement éventuel de celui qui a initié la conclusion du contrat moins aisément blâmé. Pourtant, nous le verrons, malgré des conceptions fort différentes, les *common lawyers* et *civil lawyers* présentent des visions compatibles de la conclusion du contrat, et ce sont ces traits de convergence aussi que nous souhaitons isoler.

190.- Notre étude s'articulera davantage autour du droit anglais, objet central de nos réflexions. Des références au droit américain ne seront cependant pas exclues dès lors qu'elles présentent une originalité justifiant leur prise en compte.

I. Principes applications à la formation des accords

L'étude du droit anglais appelle plusieurs observations⁴²⁴.

A. Une approche non exclusivement prétorienne de la formation des conventions

191.- Le droit anglais partage avec le droit américain, dont il constitue la principale inspiration historique, une longue tradition prétorienne où l'importance des décisions rendues, et l'opinion émise par les juges, balisent le droit des contrats. Une telle référence aux précédents se veut le gage d'une égalité entre les plaignants, mais aussi d'une plus grande prévisibilité de la solution apportée au litige. Les juges y sont les garants naturels d'une application juste des règles de droit⁴²⁵. Cependant, et pour des raisons multiples, jamais l'autorité reconnue en droit anglais à la jurisprudence n'a été aussi forte en droit américain. Ce dernier s'est en effet rapidement tourné vers une perspective plus "légaliste"⁴²⁶, tels qu'en témoignent l'*Uniform Commercial Code*⁴²⁷ et le *Restatement of Contract*⁴²⁸.

⁴²⁴ V. sur ce point principalement P. OSWIA, *Formation of contract, A comparative Study under English, French, Islamic and Iranian Law*, Graham & Trotman, London/Dordrecht/Boston, 1993, spécialement pp. 9 et suivantes.

⁴²⁵ E.A. FARNSWORTH, *United States Contract Law*, Transnational Juris Publications, Inc., Ardsley-on-Hudson, New York, 1991, p. 51.

⁴²⁶ E.A. FARNSWORTH, *United States Contract Law*, 1991, p.52.

⁴²⁷ L'*Uniform Commercial Code*, élaboré par l'*American Law Institute* et la *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*, est applicable à l'ensemble du territoire américain, à l'exception de la Louisiane. Il entend régir les principales activités commerciales, et, à ce titre, constitue une codification assez exceptionnelle pour un État dont le droit d'inspiration anglo-saxonne reste largement prétorien. L'approche du

Ainsi, pas plus que la Belgique ou la France, le droit anglais ne consacre formellement de dispositions légales à vocation horizontale à la phase de formation des contrats. Celle-ci reste largement sous l'emprise de la pratique judiciaire, ce qui étonne moins cependant pour un droit largement prétorien. Les précédents couvrent par ailleurs de nombreuses questions, mais l'absence de systématisation et une volonté affirmée d'apporter des solutions "*sur mesure*" aux faits soumis au juge laissent sans réponse d'autres questions. Elles rendent en outre moins aisées l'isolation de solutions de principe et l'élaboration d'une théorie générale de la conclusion des conventions. Il en est d'autant plus ainsi que les juges anglais sont réticents à blâmer un comportement posé avant la naissance du contrat et, dès lors, durant une période où la liberté de chacun est en principe absolue.

B. Une approche autorisant un dépassement de la conception classique

192.- L'approche traditionnellement admise en *common law*, et particulièrement en droit anglais, reste enfermée dans la séquence classique offre/acceptation, comme en témoignent

contrat de vente (article 2), en particulier, y est particulièrement digne d'enseignements et c'est à elle seule que nous nous attarderons dans les lignes qui suivent.

Sa principale originalité réside, à notre sens, en ce qu'il autorise formellement le juge à dépasser les termes exprès du contrat pour rechercher la réalité que vivent les parties contractantes. "*It is not the exchange of documents that defines the legal relation between the parties, but the intent of the parties as perceived by the court. The documents are of course good evidence of that intent, but the inquiry does not stop there*" (J.C. KELSO, *o.c.*, p. 3).

L'U.C.C. américain repose sur une série de principes dont l'application pourra le cas échéant influencer sur la formation du contrat. Ainsi en est-il en particulier de la reconnaissance expresse de l'exigence de bonne foi (§ 1-203) et de l'importance que revêtent les usages et habitudes avenues entre les parties ou applicables au secteur d'activité dans lequel elles professent (§1-205). Mais là, l'alignement sur les autres droits analysés, et en particulier sur le droit anglais, ne permet pas d'ajouter à la spécificité du droit américain de la vente, si ce n'est par une reconnaissance formelle de la portée que ces règles peuvent revêtir.

V. encore E.A. FARNSWORTH, *United States Contract Law*, 1991, p.56 à 60.

Notons enfin que certaines dispositions de l'U.C.C. sont actuellement en cours de révision. V. notamment National Conference of Commissioners on Uniform State Law, American Law Institute Tentative Draft, *Proposed Amendments to Uniform Commercial Code Article 2 A - Leases*, May 2001 ; National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, American Law Institute, *Draft for approval, August 10-17, 2001, Revision of Uniform Commercial Code*. V. encore M.E. ROSZKOWSKI, "Revised Article 2 of the Uniform Commercial Code - section-by-section Comparison With the 1990 Official Text", (1998) 30 *Uniform Commercial Code Law Journal*, 199-248.

⁴²⁸ Les *Restatements of Contracts*, œuvre de l'*American Law Institute* formé en 1923 renferment un ensemble de règles applicables aux contrats issues de la jurisprudence développée aux États-Unis. Ainsi, si les juges américains s'y réfèrent, c'est avant tout parce qu'il ne s'agit que d'une sorte de codification de leurs propres décisions. "*Autrement dit, la compilation doctrinale du droit américain doit son succès au fait qu'elle s'inscrit dans un système de droit défini, dont elle est largement le reflet*" (J. HUET, "Conclusions", in *Institute of International Business Law and Practice, Unidroit PRINCIPLES for International Commercial Contracts : A New Lex Mercatoria ?*, ICC Publisher, Dossier, 1995, p. 270). V. encore E.A. FARNSWORTH, *United States Contract Law*, 1991, p.53 à 56.

Les *Restatements* comprennent en outre une série de dispositions accompagnées de leur commentaire, perspective qu'on reprise tant les Principes UNIDROIT que les Principes européens.

notamment les termes particulièrement éloquents d'une décision récente de la Cour suprême de l'Oklahoma selon laquelle "*every contract results from an offer and an acceptance*"⁴²⁹. Ces deux notions sont cependant regardées au travers d'un prisme particulier par rapport aux droits romanistes. L'importance qu'elles revêtent ne leur est en effet pas propre. Si l'offre doit être précisée, c'est avant tout parce qu'elle seule permettra la détermination du moment de la conclusion du contrat, et non parce qu'elle renfermerait en elle-même une quelconque vertu distincte de la convention vers laquelle elle tend.

193.- Si la lecture classique demeure de mise, force est pourtant de constater qu'aux États-Unis, une évolution s'est manifestée, tout particulièrement au travers des dispositions contenues dans l'U.C.C.. Celui-ci défend en effet une conception plus novatrice, selon laquelle le contrat peut être considéré comme conclu dès lors que l'intention des parties d'être liées ressort clairement des circonstances, et ce sans qu'il ne soit nécessaire de dégager l'existence d'une offre et d'une acceptation. Cette règle se dégage directement de l'article 2-204, alinéa 1^{er} de ce code selon lequel "*a contract for sale of goods may be made in any manner sufficient to show agreement, including conduct by both parties which recognize the existence of such a contract*"⁴³⁰. Ce faisant, le principe même de la formation de l'accord ne repose plus, contrairement aux autres droits que nous avons envisagés, sur l'unique mythe de la rencontre entre une offre et une acceptation.

De là dérive un souci de pragmatisme et d'adéquation à la réalité concrète vécue par les parties. Cette importance de l'intention des parties ressort à plus forte raison encore du troisième alinéa de cette même disposition selon lequel, "*even though one or more terms are left open a contract for sale does not fail for indefiniteness if the parties have intended to make a contract and there is a reasonably certain basis for giving an appropriate remedy*".

Certes, l'on concèdera volontiers que la position de l'U.C.C. n'est pas totalement exclusive de tout recours aux notions d'offre et d'acceptation. Celles-ci restent, dans les paragraphes qui suivent, les éléments au regard desquels devront être déterminés les droits et obligations imposés aux parties durant la phase précontractuelle. Mais la seule consécration d'une autre

⁴²⁹ *Garrison v. Bechtel Corp.*, 889 P.2d 273 (Okla. 1995) cité par E.A. FARNSWORTH, "Contract formation : Two models compared", in *Contratti commerciali internazionali e Principi UNIDROIT*, a cura di J. BONELLI e di F. BONELLI, Milano, Giuffrè, 1997, p. 173 ; E.A. FARNSWORTH, *United States Contract Law*, 1991, p. 79. V. également CHESHIRE, FIFOOT et FURMSTON, *Law of Contract*, p.30.

V. également le § 22 du *Restatement of Contracts* selon lequel "*the manifestation of mutual assent almost invariably takes the form of an offer or proposal by one party accepted by the other party or parties*".

⁴³⁰ Cette disposition est actuellement soumise à révision. La formulation nouvelle proposée est la suivante "(1) *A contract for sale of goods may be made in any manner sufficient to show agreement, including offer and acceptance, conduct by both parties which recognizes the existence of such a contract, the interaction of electronic agents, or the interaction of an electronic agent and an individual*". V. *Revision of Uniform Commercial Code - Article 2*, National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, August 10-17, 2001 disponible sous <http://www.law.upenn.edu/bll/ulc/ucc1/Ucc161401.htm>.

lecture, plus distante de la théorie classique et ainsi mieux ancrée dans la pratique, constitue un progrès qu'ont par ailleurs suivi les instruments internationaux récents tels que les Principes UNIDROIT et les Principes européens⁴³¹.

C. Prévalence de la volonté déclarée

194.- Si certains principes et justifications séparent les juristes de *common law* des juristes de *civil law*, souvent, à tout le moins pour la matière qui nous occupe, la solution finale apportée aux litiges est fort proche.

Parmi les justifications en apparence divergentes, il convient de relever la frappante volonté d'objectiver⁴³² le contrat et d'attacher en conséquence une importance supérieure à la volonté exprimée. Celle-ci prime sur la volonté interne des déclarants, jugée trop difficilement saisissable. L'intention réelle ne pourra dès lors produire des effets juridiques que dans la mesure où elle se trouve renforcée par un comportement univoque. Ainsi, les juristes de *common law* admettent-ils plus naturellement que le contrat se forme par la rencontre de volontés concordantes (*meeting of the minds*), que cette réalité corresponde à la volonté intime des parties ou qu'elle puisse être raisonnablement comprise comme telle. L'exemple le plus éloquent, et assurément le plus classique, est certainement celui de l'offre faite en plaisantant⁴³³. Il est en effet admis dans ce cas que, si le destinataire des paroles peut raisonnablement penser qu'il s'agissait d'une véritable offre, le contrat pourra être considéré comme formé en cas d'acceptation concordante, sans que la volonté de l'offrant ne soit requise. La protection du destinataire de l'offre prime l'intention réelle de ce dernier.

195.- La théorie objective a également reçu, en droit américain, un écho particulièrement favorable depuis la fin du XIX^{ème} siècle⁴³⁴. Pourtant, ce dernier atteste ici aussi d'un

⁴³¹ V. *infra*, Titre II, Chapitre II, n° 63 et sv (Principes d'Unidroit) et Titre II, Chapitre II, n° 108 et sv. (PESC).

⁴³² La théorie objective des contrats a été illustrée notamment dans l'affaire *Lucy v. Zehmer*, arrêt 1 B, reproduit par E. ERRANTE, *Le droit anglo-américain*, L.G.D.J., Jupiter, 1997, p.4.

V. également CHESHIRE, FIFOOT et FURMSTON, *Law of Contract*, p.29 selon qui "*agreement, however, is not a mental state but an act, and, as an act, is a matter of inference from conduct. The parties are to be judged, not by what is in their minds, but by what they have said or written or done*". V. encore les mêmes auteurs, pp. 65 et suivantes.

⁴³³ Comp. droit allemand. Celui-ci voit dans toute déclaration de volonté un élément subjectif impliquant de son auteur à la fois "*une volonté d'agir*" et une "*volonté ou (...) conscience de faire une déclaration*", c'est-à-dire la conscience de produire des effets juridiques (Cl. WITZ, *o.c.*, 1992, pp. 88 et suivantes, n° 81 et suivants). Dès lors, une offre faite en plaisantant ne pourrait en principe être regardée comme une véritable offre au sens des §§ 145 et suivants du BGB. Les seules nuances apportées à la règle découleraient de l'application des principes de responsabilité pré-contractuelle.

⁴³⁴ A. LEVASSEUR, *Le contrat en droit américain*, Dalloz, 1996, p. 32-33 ; E.A. FARNSWORTH, *United States Contract Law*, 1991, p. 76-77.

pragmatisme plus aigu. L'absence de formalisme justifie en effet notamment qu'à côté des contrats exprès, soit reconnue l'existence des "*implied contracts*" ou "*implied-in-fact contracts*", c'est-à-dire de contrats dont l'existence résulte "*de la conduite ou de l'attitude des parties sans qu'il y ait échange de mots portant sur les éléments essentiels du contrat*"⁴³⁵. Cette conceptualisation de la situation contractuelle nouée, alors même que n'ont pu être dégagés une offre et une acceptation, se retrouve également, nous l'avons vu, en droits allemand (*faktischer Vertrag*) et suisse (*faktisches Vertragsverhältnis*), et paraît parfaitement transposable en droits belge et français (contrats tacites).

196.- En outre, l'importance que joue, en *common law*, l'*injurious reliance* (légitime confiance trompée) renforce l'importance de la situation objective, et l'on peut assurément affirmer aujourd'hui que celle-ci trouve désormais place à côté de la doctrine de la *consideration* comme fondement du caractère contraignant de certaines obligations⁴³⁶.

197.- L'attitude des juges anglais reste cependant, dans l'appréciation de la volonté déclarée, relativement stricte. L'interprétation des déclarations et comportements ne s'autorisera une quelconque légitimité que si elle se reflète dans le sentiment social que ceux-ci peuvent ordinairement générer de sorte que l'objectivation se concilie suffisamment avec les exigences de sécurité juridique⁴³⁷. À notre estime, il s'agit là également d'une tendance que manifestent de plus en plus les droits continentaux en ce qu'ils attachent une importance soutenue aux comportements des parties et aux attentes légitimes d'autrui. L'opposition marquée que l'on a

Le principal défenseur de cette théorie fut le juge Learned HAND (*Hotchkiss v. National City Bank*, 200 F. 287, 293 (S.D.N.Y. 1911), *aff'd*, 201 F.664 (2d Cir.1912) *aff'd*, 1231 U.S. 50 (1913). Selon E.A. FARNSWORTH, "*this question provoked one of the most significant doctrinal struggles in the development of contract law, that between the subjective and objective theories*" (*Ibidem*, p. 76). "*According to the objectivists, a party's mental assent was not necessary to make a contract. If the party's actions, judged by a standard of reasonableness, manifested an intention to agree, the real but unexpressed state of his mind was irrelevant*" (*Ibidem*, p. 77).

⁴³⁵ A. LEVASSEUR, *o.c.*, p. 14. V. également M. FURMSTON, T. NORISADA et J. POOL, *Contract Formation and Letters of Intent*, Chichester-New York-Weinheim-Brisbane-Singapore-Toronto, John Wiley & Sons, 1998, pp. 301 et suivantes.

⁴³⁶ D. TALLON et D. HARRIS, *Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises*, Paris, L.G.D.J., 1987, pp.58 et suivantes.

⁴³⁷ Il en est de même aux Etats-Unis où la section 228 - "*Rules in Aid of Interpretation*" - du *Restatement (Second) of Contract* (Tent.Ed.1973) est libellée comme suit :

- a) *Words and other conduct are interpreted in the light of all the circumstances, and if the principal purpose of the parties is ascertainable it is given great weight.*
- b) (...)
- c) (...)
- d) *Where an agreement involves repeated occasions for performance by either party with knowledge of the nature of the performance and opportunity for objection to it by the other, any course of performance accepted or acquiesced in without objection is given great weight in the interpretation of the agreement ;*
- e) *Wherever reasonable, the manifestations of intention of the parties to a promise or agreement are interpreted as consistent with each other and with any relevant course of performance, course of dealing, or usage of trade."*

longtemps défendue entre *civil law* et *common law* ne nous paraît dès lors plus connaître la rigueur que l'on s'accordait légitimement jadis à lui reconnaître.

D. La doctrine de la consideration et l'importance de l'injurious reliance

198.- En droits français, belge, allemand ou suisse, le contrat, en ce qu'il résulte de la rencontre de deux engagements, a par lui-même force obligatoire. Il doit être exécuté parce qu'il est naturellement générateur d'effets juridiques et une sanction judiciaire pourra atteindre la carence éventuelle d'une des parties. Cette conception, parfaitement conforme à la philosophie libérale qui a présidé à l'élaboration de ces codes, est justifiée par une idée de justice. Il paraît en effet juste que les parties soient tenues de respecter leurs promesses et d'exécuter ce à quoi elles se sont engagées ("*Pacta sunt servanda*"). Ce souci sert également l'intérêt général et principalement les nécessités du commerce.

199.- Or, il ne va pas de soi que tous les engagements, quels qu'ils soient, engendrent effectivement des droits et obligations et puissent, le cas échéant, être juridiquement sanctionnés.

Les droits anglais et américain s'inscrivent dans cette perspective. Pour eux, tous les accords ne sont pas nécessairement "*servanda*". Certains ne peuvent en effet par principe être juridiquement sanctionnés⁴³⁸. Dans ces systèmes, sont seuls susceptibles d'une telle sanction, les engagements fondés sur une "*valuable consideration*". En ce sens, la rencontre entre une offre et une acceptation est à elle seule insuffisante pour parfaire le contrat. Doit s'y joindre, en règle, la présence d'une *consideration*. "*An Englishman is liable, not because he has made a promise, but because he has made a bargain*"⁴³⁹. Celle-ci consistera en un avantage procuré à celui qui s'engage, ou en une perte pour celui qui bénéficie de pareil engagement, voire dans la promesse de faire ou ne pas faire au profit du pollicitant lorsqu'il s'agit d'engagements réciproques⁴⁴⁰. Ainsi, seules les *bargain promises* peuvent en principe accéder à la sphère

⁴³⁸ Cette conception particulière du lien contractuel n'est pas sans rappeler qu'initialement tout contrat supposait nécessairement qu'à la volonté des parties se joigne un élément extérieur de nature à en renforcer le caractère contraignant. L'engagement pris ne se voyait ainsi revêtir une force obligatoire que s'il devenait sacré, par l'accomplissement d'une formalité particulière remise de la chose ou autre solennelité. "*Le formalisme juridique n'est qu'un succédané du formalisme religieux*". V. E. DURKHEIM, *Leçons de sociologie*, Quadrige-PUF, Paris, 6^{ème} édition, en particulier pp. 212 et suivantes. Ces formalités consistaient par ailleurs soit en un serment (invocation d'un être divin) soit en l'accomplissement d'actes manuels sacrés ("*Denier à Dieu*").

⁴³⁹ CHESHIRE, FIFOOT et FURMSTON, *Law of Contract*, Butterworths, 1996, London, p. 29. V. également D. TALLON et D. HARRIS, *o.c.*, 1987, pp. 17 et suivantes : "*La consideration est le procédé technique permettant de donner force obligatoire à un engagement inefficace par lui-même, c'est la formalité, purement objective, à laquelle a dû se plier la promesse pour être admise au prétoire*". Ce faisant, la "*partie est liée, non parce qu'elle a fait une promesse mais parce qu'elle est entrée dans un échange*". C'est par ailleurs ce qui justifie également que l'appréciation de la volonté des parties soit objective, fondée sur des actes et comportements objectivement observables. Il s'agit là du trait de distinction le plus marqué entre les *civil lawyers* et les *common lawyers*. V. également les §§ 71 et suivants du *Restatement (Second) of Contracts*.

⁴⁴⁰ G.H. TREITEL, *The Law of Contract*, Londres, Sweet & Maxwell/Stevens & Sons, 1991, p.63 et p. 66 ; CHESHIRE, FIFOOT et FURMSTON, *Law of Contract*, p. 29 ; P.S. ATIYAH, *An Introduction to the Law of Contract*,

juridique et se voir sanctionner par le droit en cas de non-respect. Au contraire, les engagements faits sans contrepartie, ou, à défaut d'une telle *consideration*, non formalisées (*acts under seal*)⁴⁴¹, se voient relégués hors de la sphère d'intervention des juges. Ce principe ne se retrouve pas dans les autres droits que nous venons d'analyser, pour lesquels le sérieux de l'offre ne dépend d'aucune théorie doctrinale fondée sur l'exigence d'une *consideration* ou d'une cause. Ces derniers, au contraire, s'attachent davantage à une interprétation de la volonté - réelle ou déclarée - des parties, seul témoin de la réalité.

200.- Cette perspective particulière de la *common law* n'est pas sans incidence pratique. Elle justifie en effet que tant que le contrat n'est pas conclu, les parties demeurent libres de se dégager des négociations et, le cas échéant, de conclure avec un tiers. Les possibles sanctions des comportements précontractuels déloyaux sont dès lors réduites puisqu'elles ne peuvent en principe s'appuyer sur le non-respect des exigences de bonne foi et de loyauté⁴⁴².

L'importance grandissante accordée, principalement aux États-Unis, à la *reliance* permet cependant de tempérer ce principe et, ainsi, de voir blâmer les attitudes qui peuvent être considérées comme des atteintes aux attentes légitimes (*reasonable expectations*) de celui envers qui on s'est engagé⁴⁴³. Ce constat est particulièrement accentué dans la phase de

Oxford, Clarendon Press, 1989, p. 124 ; E.A. FARNSWORTH, *United States Contract Law*, Transnational Juris Publications, Inc., Ardsley-on-Hudson, New York, 1991, pp. 1-2.

⁴⁴¹ Ce principe est par ailleurs posé en termes clairs par le *Restatement Second of Contract* qui, en son § 17, précise que "(1) except as stated in Subsection (2), the formation of a contract requires a bargain in which there is a manifestation of mutual assent to the exchange and a consideration. (2) Whether or not there is a bargain a contract may be formed under special rules applicable to formal contracts or under rules stated in §§ 82-94". Cependant, si cet élément est resté un acquis de l'influence anglaise exercée aux États-Unis, force est cependant de considérer que, depuis 1800, ce dernier droit a manifesté son autonomie et ses particularités, fortement influencée par son économie ainsi que par l'importance et la diversité du territoire qu'il était amené à régir. V. E.A. FARNSWORTH, *United States Contract Law*, 1991, pp.8 et suivantes.

⁴⁴² V. cependant J.F. O'CONNOR, *Good Faith in English Law*, Dartmouth, 1931, Edition 1990, 148 pages, et spécialement pp. 17 à 50 ; E.A. FARNSWORTH, "Precontractual liability and preliminary agreements : fair dealing and failed negotiations", *Col. L. R.*, 1987, pp. 221 et suivantes. V. également la contribution de Monsieur Bertrand DE CONINCK, Titre I, Chapitre III, n° 82 et sv. V. également le § 205 du *Restatement Second of Contracts* (chapitre 9, "The scope of contractual obligations").

⁴⁴³ Cette idée n'est pas neuve. Le *writ of trespass* a en effet traditionnellement permis à celui qui s'estimait lésé de revendiquer des tribunaux une sanction de nature juridique. Dans les cas où il était admis, le juge n'entendait cependant pas sanctionner une inexécution de l'engagement parce que celui qui s'était engagé ne l'aurait pas respecté, mais bien parce que, par cette méconnaissance, il avait porté atteinte à la confiance légitime que son partenaire pouvait raisonnablement attendre de lui (v. R. DAVID et PUGSLEY, *Le contrat en droit anglais*, 1985, Dalloz, Paris, pp. 20-21).

Aux États-Unis, le *reliance principle* a été posé dans l'affaire *Hoffman v. Red Owl Stores*, 26 Wis.2d 683, 133 NW2d 267 (1965) et, en Angleterre, dans l'affaire *Box v. Midland Bank* [1979] 2 Lloyd's Rep. 391.

V. également H. KÖTZ et A. FLESSNER, *European Contract Law, Volume I, Formation, Validity, and Content of Contracts ; Contracts and Third Parties*, Clarendon Press, Oxford, 1997, pp.8 et suivantes.

conclusion des accords où la confiance, alors même que les parties ne se sont pas encore réciproquement engagées et, le cas échéant, n'ont rien fourni à l'autre, est particulièrement vulnérable alors qu'elle constitue bien la seule assise des espoirs communs.

E. Contrats unilatéraux et bilatéraux

201.- Le droit anglo-américain opère une distinction entre les contrats unilatéraux et les contrats bilatéraux⁴⁴⁵. Sous le vocable '*unilateral contract*', l'on vise l'hypothèse où une partie promet quelque chose à autrui en échange de l'accomplissement par cette dernière d'une prestation. En ce sens, celui qui promet le fait en raison du bénéfice qu'il retire de l'exécution de cette contrepartie. L'exemple classique est celui où une personne invite une autre à faire quelque chose et lui promet, en retour, de la rémunérer. Celui qui promet n'attend donc pas de l'autre qu'il promette à son tour, mais uniquement qu'il s'exécute. Ce faisant, le promettant fait une offre de contrat unilatéral qui ne deviendra obligatoire que si son destinataire accomplit l'acte. En ce sens également, l'accomplissement dudit acte constituera à la fois une acceptation de l'offre précédemment émise et la *consideration* permettant d'obliger l'offrant à exécuter ce à quoi il s'était engagé.

Il se peut également que l'on soit en présence d'un '*bilateral contract*' lorsque les deux parties s'engagent mutuellement de sorte que chacune d'elles est à la fois offrant et destinataire de l'offre émise par l'autre. Dans ce cas, le contrat se forme au moment de l'échange des promesses réciproques. Cette distinction n'a pas été retenue par le *Restatement Second of Contracts*⁴⁴⁶ et l'U.C.C. américain.

II. L'offre de contracter

A. Notion

1. Définition

⁴⁴⁴ Il est important de noter qu'est absente de cette exigence la connotation morale qu'y insufflent volontiers les droits romanistes. C'est en effet uniquement pour des raisons d'efficacité économique que pareil respect est imposé en *common law*.

⁴⁴⁵ P. OSWIA, *o.c.*, 1993, p.409 ; A. LEVASSEUR, *Le contrat en droit américain*, Dalloz, 1996, Paris, p. 15-16 ; A. LEVASSEUR, *Le droit des États-Unis*, Dalloz, Paris, 1990, pp. 87 et suivantes.

⁴⁴⁶ Il est intéressant de noter que le *Restatement (First) of Contracts* définissait quant à lui ces deux contrats. Le § 12 intitulé "*Unilateral and Bilateral Contracts*" - précisait en effet que "*a unilateral contract is one in which no promisor receives a promise as consideration for his promise. A bilateral contract is one in which there are mutual promises between two parties to the contract ; each party being both a promisor and a promisee*".

202.- Les juridictions de *common law* restent fort réticentes à consacrer une définition générale de l'offre⁴⁴⁷. La doctrine adopte quant à elle deux types de définitions, l'une énoncée en termes d'expression de la volonté et l'autre accentuant davantage l'exigence de précision de l'offre⁴⁴⁸. P. OSWIA propose de définir l'offre comme la "*manifestation tacite ou expresse d'une intention contractuelle d'être lié juridiquement si l'autre partie y adhère telle qu'elle existe*"⁴⁴⁹. E. ERRANTE est plus complet lorsqu'il affirme que l'offre est "*une manifestation de volonté de conclure un contrat faite de manière telle qu'une personne raisonnable sache que, par son consentement, elle conclut un contrat*"⁴⁵⁰. Et de relever que les éléments constitutifs de l'offre sont l'intention ferme de contracter, la précision et la clarté sur les points essentiels du contrat⁴⁵¹, ainsi que la communication à l'*offeree*.

Les composantes de l'offre sont ainsi en tous points identiques à celles dégagées dans les autres droits analysés.

2. Éléments constitutifs

a. Une proposition ferme

203.- L'offre doit être ferme et attester ainsi de la présence indiscutable d'un *animus contrahendi*⁴⁵².

Le § 26 du *Restatement (Second) of Contracts* confirme par ailleurs expressément cette importance centrale que joue l'intention de l'offrant lorsqu'il précise que "*a manifestation of willingness to enter into a bargain is not an offer if the person to whom it is addressed knows or has reason to know that the person making it does not intend to conclude a bargain until*

⁴⁴⁷ Comme le relèvent W.H. HENNING et G.I. WALLACH, "*the multitude of factors that might be involved in determining whether an offer has been made renders the term almost impossible to define*" (W.H. HENNING et G.I. WALLACH, *The Law of Sales Under the Uniform Commercial Code*, Boston, Warren Gorham Lamont, 1992, pp. 1-3).

⁴⁴⁸ P. OSWIA, *Formation of Contract, A Comparative Study Under English, French, Islamic and Iranian Law*, pp.404-406

⁴⁴⁹ Traduction libre.

⁴⁵⁰ E. ERRANTE, *Droit anglo-américain des contrats*, L.G.D.J., 1997, p.3. V. également, pour le droit américain : E.A. FARNSWORTH, *United States Contract Law*, 1991, p. 79 lequel y voit "*a manifestation of assent to enter into a bargain, made by the offeror to the offeree, conditional on a manifestation of assent in the form of some action (promise or performance) by the offeree. The offer confers upon the offeree the power to create a contract by that manifestation*".

⁴⁵¹ V. également E.A. FARNSWORTH, *United States Contract Law*, 1991, p.75 et pp. 79 et suivantes.

⁴⁵² P. OSWIA, "The Notion and Function of Offer and Acceptance Under French and English Law", *Tulane L.R.*, 1992, 66, 871 ; G.H. TREITEL, *Law of Contract*, p. 87 selon qui "*An agreement which is supported by consideration is only binding as a contract if it was made with the intention of creating legal relations*". V. également *Air Great Lakes Pty Ltd v. Easter Holding* (1985) 2 NSWLR 309 Court of Appeal, Supreme Court NSW.

he has made a further manifestation of assent". Ce faisant, il prolonge le § 24 selon lequel "(...) *the manifestation of willingness to enter into a bargain, so made as to justify another person in understanding that his assent to that bargain is invited and will conclude it*"⁴⁵³⁴⁵⁴.

204.- On s'accorde encore, en droit anglais, à considérer que la fermeté de l'offre ne pourra être constatée que si la proposition émise est suffisamment précise. Selon les juges, en effet, plus l'offre est précise, plus elle manifeste une volonté certaine de celui qui l'émet. Ce faisant, l'exigence de précision est expressément intégrée sous l'angle de la fermeté de la volonté, en ce sens qu'elle en constitue un indice nécessaire, bien que non suffisant de celle-ci⁴⁵⁵. Pareille approche est parfaitement justifiée dans un système qui, comme la *common law*, accorde une prévalence à la volonté déclarée. La fermeté de l'engagement étant par nature plus subjective, et dès lors plus difficilement saisissable en elle-même, devront être interrogées l'ensemble des circonstances externes permettant d'attester de sa réalité. La précision de la proposition émise est bien entendu sur ce point l'indice par excellence de l'intention de son auteur, bien qu'il ne soit pas le seul.

Ainsi, contrairement au principe admis en droits belge et français (articles 1156 du code civil), cette volonté de contracter ne doit pas nécessairement correspondre à la volonté intime de l'offrant. Il suffira qu'un homme raisonnable puisse lire, dans les circonstances de l'espèce, que telle était bien la volonté de celui dont elle émane⁴⁵⁶. Les § 24 et 26 du *Restatement Second of Contracts* américain ne disent pas autre chose.

205.- La théorie objective des contrats invite ainsi le juge saisi du litige à considérer la qualité du destinataire de l'offre, de même que les termes contenus dans la proposition, la portée des documents échangés en cours de négociations par les parties ... et à rechercher si,

⁴⁵³ Notons encore que le § 1 du *Restatement Second of Contracts* définit également, contrairement à l'U.C.C., la notion de contrat. Selon lui, en effet, "*a contract is a promise or a set of promises for the breach of which the law gives a remedy, or the performance of which the law in some way recognizes as a duty*". Cette définition est intéressante car elle atteste de l'importance, en droit américain, de la notion de contrat en ce que celui-ci permet une sanction de nature juridique.

⁴⁵⁴ Le § 24 du *Restatement (First) of Contracts* définissait quant à lui l'offre comme "(...) *a promise which is in its terms conditional upon an act, forbearance or return promise being given in exchange for the promise or its performance. An offer is also a contract, commonly called an option, if the requisites of a formal or informal contract exist, or if the rule stated in § 47 is applicable*". Le § 25 poursuivait en considérant que "*if from a promise, or manifestation of intention, or from the circumstances existing at the time, the person to whom the promise or manifestation is addressed knows or has reason to know that the person making it does not intend it as an expression of his fixed purpose until he has given a further expression of assent, he has not made an offer*".

⁴⁵⁵ V. Commentaires de l'article 2-204 de l'U.C.C. selon lesquels "*the more terms the parties leave open, the less likely it is that they have intended to conclude a binding agreement*".

⁴⁵⁶ *Carlill v. Carbolic Smoke Ball Co.* (1893) I.Q.B. 256 cité par R. DAVID et D. PUGSLEY, *Les contrats en droit anglais*, L.G.D.J., 1985, p.87, n°116 ; FURMSTON, *o.c.*, pp. 50-51. V. également, pour le droit américain : E.A. FARNSWORTH, *United States Contract Law*, 1991, p.82-83.

dans des circonstances similaires, une personne "comparable" aurait pu se croire bénéficiaire d'une offre au sens juridique du terme.

206.- Au-delà de ces considérations, il est également significatif de constater que les doctrines anglaise et américaine abordent la question de l'admission des offres publiques également sous l'angle de la fermeté que ces dernières doivent revêtir pour être qualifiées de telles.

À la différence des droits belge, français et suisse, mais à la suite du droit allemand, le droit anglais considère que ce n'est qu'exceptionnellement qu'une proposition faite à un nombre indéterminé de personnes peut être regardée comme une offre⁴⁵⁷. Selon les *common lawyers*, seule l'intention de l'auteur de la proposition permet sur ce point de distinguer les situations d'*offer* ou d'*invitation to treat*. Une volonté affirmée de solutions pragmatiques - fondées sur une volonté de stabilité et la recherche de certitudes quant au comportement du cocontractant - guidera également cette analyse du cas soumis au juge.

Il a été admis qu'une proposition destinée à un nombre indéterminé de personnes constitue une offre dans l'importante affaire *Carlill v Carbolic Smoke Ball* (1862)⁴⁵⁸. Dans ce litige, des scientifiques détenteurs d'une formule médicale avaient promis de verser 100 livres à la première personne qui se présenterait chez eux atteinte de la grippe malgré l'absorption, pendant un temps déterminé, du médicament qu'ils avaient mis sur le marché. En gage de leur sincérité, ils affirmaient encore avoir déposé les fonds à la banque. Or, au moment où une personne se présente atteinte de la grippe, désireuse d'obtenir son dû, tout paiement lui est refusé, la firme arguant qu'aucune offre n'avait été faite et qu'en conséquence, aucun contrat ne pouvait être conclu. La Cour anglaise appelée à statuer a rejeté cette argumentation et condamné la firme à s'exécuter. Ce faisant, elle a considéré que la proposition émise, bien qu'adressée à un nombre indéterminé de personnes, n'en était pas moins suffisamment précise et ferme que pour être lue comme une offre au sens juridique du terme.

207.- Mais toutes les propositions adressées au public ne revêtent pas la qualité d'offre. Ainsi, le seul fait pour un commerçant d'exposer un article en vitrine, avec une étiquette, ne suffit pas à former le contrat en cas d'acceptation de l'acheteur⁴⁵⁹, sauf si ce dernier pouvait

⁴⁵⁷ V. § 28 du *Restatement (First) of Contracts* selon lequel "an offer may be made to a specified person or persons or class of persons, or it may be made to anyone or to everyone to whom it becomes known. The person or persons in whom is created a power of acceptance are to be determined by the reasonable interpretation of the offer".

⁴⁵⁸ V. référence précitée ainsi que *FURMSTON o.c.*, p.31 ; CHESHIRE, FIFOOT et FURMSTON, *Law of Contract*, pp.31 et suivantes.

⁴⁵⁹ *Grainger & Sons v. Gough* (1896) A.C. 325, H.L. ; *Hunter v. General Accident Corporation* (1909), SC 344, d. 1909 SC (HL) ; v. également *Pharmaceutical Society of GB v. Boots Cash Chemists (Southern) Ltd* (1953) 1

raisonnablement croire que le commerçant se considérait comme définitivement lié. Cette solution, avant tout protectrice des professionnels, et attestant d'une volonté manifeste de limiter tant que faire se peut l'hypothèse où l'on entre dans la sphère contractuelle⁴⁶⁰, a cependant autorisé certains abus, et a de la sorte été fortement dénoncée par les mouvements consommateurs. En effet, une pratique particulière s'était peu à peu développée, consistant à afficher un prix dérisoire afin de séduire le client, pour ensuite l'orienter sur un article plus cher ("*bait and switch*")⁴⁶¹. Aux États-Unis, une loi fédérale a formellement interdit de telles pratiques⁴⁶² considérées comme abusives. La législation anglaise n'offre pas, à notre connaissance, de protection similaire aux consommateurs.

208.- En tout état de cause, lorsque les juges reconnaissent que la proposition faite au public constitue bien une offre, ils imposent que sa révocation soit également communiquée au public. La Cour suprême américaine impose sur ce point un parallélisme stricte des formes obligeant l'offrant à utiliser le même moyen de communication que lors de l'émission de son offre⁴⁶³.

b. Une proposition précise et complète

*"An agreement is not a binding contract if it lacks certainty, either because it is too vague or because it is obviously incomplete"*⁴⁶⁴.

209.- On exige, tant en *civil law* qu'en *common law*, que l'offre soit complète, c'est-à-dire qu'elle précise les éléments principaux du contrat envisagé⁴⁶⁵.

Q.B. 401, C.A. (self-services) ; *Fisher v. Bell* (1961) Lord Parker (LCJ) (articles en vitrine) ; G.H. TREITEL, *Law of contract*, p. 13. V. encore D. PUGSLEY, *o.c.*, 78-79 et FURMSTON, *o.c.*, pp.34-35. En principe, en droit anglais, c'est donc bien le consommateur qui sera considéré comme émettant une offre d'achat, l'acceptation du vendeur étant matérialisée par l'enregistrement des marchandises lors du passage à la caisse. Les "risques" de la (non) conclusion de la convention sont ainsi supportés par le premier, ce qui ne nous paraît pas assurer une protection suffisante du consommateur.

⁴⁶⁰ FURMSTON, *o.c.*, p.34. V. également E.A. FARNSWORTH, *United States Contract Law*, 1991, p. 83.

⁴⁶¹ E. ERRANTE, *Le droit anglo-américain des contrats*, L.G.D.J., 1997, p.4

⁴⁶² V. le *Federal Trade Commission Act*, 15 United States Code, articles 41 et suivants.

⁴⁶³ E. ERRANTE, *o.c.*, 7.

⁴⁶⁴ G.H. TREITEL, *Law of contract*, p. 34 ; V. A. LEVASSEUR, *Le contrat en droit américain*, Dalloz, 1996, Paris, p. 20 selon qui "*en application de la théorie objective de la nature juridique de cet accord des volontés, il n'y aura accord que si l'offre elle-même, ou l'acceptation qu'elle recherche, est exprimée avec une grande précision et certitude dans ses éléments composants de sorte que les promesses ou les prestations des parties sont définies avec suffisamment d'exactitude pour permettre leur exécution*". V. également pp. 21-22.

⁴⁶⁵ FURMSTON, *o.c.*, pp. 44 et suivantes.

210.- Les droits anglais et américain ne s'embarrassent guère de la classification admise en *civil law* entre les éléments essentiels, substantiels et accessoires. Adoptant une perspective plus pragmatique, qui aboutit sensiblement au même résultat, ceux-ci se bornent en effet à exiger une rencontre des volontés sur les éléments caractéristiques du contrat projeté, c'est-à-dire sur ceux participant à sa pleine efficacité économique. Ce faisant, ils admettent par exemple qu'une vente soit valablement formée alors même que le prix n'est nullement déterminé ou déterminable au moment de l'échange des consentements⁴⁶⁶.

211.- En réalité, seul importe sur ce point que le comportement des parties atteste d'une volonté certaine de considérer le contrat comme conclu et que l'exécution du contrat soit possible sur la base des éléments déjà consentis. Le § 33 du *Restatement (Second) of Contract* énonce par ailleurs expressément que "(1) *Even though a manifestation of intention is intended to be understood as an offer, it cannot be accepted so as to form a contract unless the terms of the contract are reasonably certain.* (2) *The terms of a contract are reasonably certain if they provide a basis for determining the existence of a breach and for giving an appropriate remedy.* (3) *The fact that one or more terms of a proposed bargain are left open or uncertain may show that a manifestation of intention is not intended to be understood as an offer or as an acceptance*"⁴⁶⁷. Dès que les éléments sur lesquels se sont fixés les consentements sont certains et permettent de procéder à l'exécution, le renvoi à une négociation ultérieure, ou à l'intervention d'un tiers, est insuffisant à contrecarrer le processus de formation⁴⁶⁸. Le contrat est considéré comme conclu et les parties sont présumées accepter, à défaut de solution ultérieure sur ce point, de se soumettre à une détermination "raisonnable"⁴⁶⁹.

212.- L'article 2-204 (3) de l'U.C.C., dérogeant aux principes communément admis et expressément consacrés par le § 33 du *Restatement (Second) of Contracts*, est significatif de la tolérance de la *common law*. Selon cette disposition, en effet, "*even though one or more terms are left open a contract for sale does not fail for uncertainty if the parties have intended to make a contract and there is a reasonably certain basis for giving an appropriate*

⁴⁶⁶ *Harvey v. Facey* (1893) Privy Council.

⁴⁶⁷ Cette disposition vise le contrat et non directement l'offre. Il reste que dans la mesure où cette dernière constitue la préfiguration du premier, la manifestation d'une des deux volontés qui en sont constitutives, les considérations émises valent également pour elle.

⁴⁶⁸ Ce faisant, notamment, il est admis que les parties concluent des "*open price contracts*", c'est-à-dire des contrats dépourvus *ab initio* de contrepartie financière. Dans ce cas, le prix sera fixé ultérieurement, au moment de l'exécution, par référence à des règles supplétives et, à défaut d'une telle détermination, l'acheteur se verra contraint de payer un prix "*raisonnable*" déterminé en fonction des circonstances de l'espèce (nature de la chose vendue, prix du marché ...).

⁴⁶⁹ M. HANOTIAU, "Formation du contrat : les éléments caractéristiques de la convention", in *Le contrat en formation*, ABJE, 1987, p.109.

remedy"⁴⁷⁰. Le contenu de l'offre se présente d'emblée comme empreint d'une souplesse particulière, la précision qui la caractérise étant ici des plus minimaliste. Sur la base de cette disposition, en effet, le contrat de vente ne peut être considéré comme "vicié", par la seule absence de détermination du prix, dès lors que les parties entendaient de manière certaine conclure la convention. Cette disposition précise en effet que "*even though one or more terms are left open a contract for sale does not fail for indefiniteness if the parties have intended to make a contract and there is a reasonably certain basis for giving an appropriate remedy*". La validité du contrat ne s'en trouve pas entachée puisque, par principe, celui-ci ne doit pas nécessairement être déterminé par les parties. L'U.C.C. contient par ailleurs de nombreuses règles supplétives aptes à combler les éventuelles lacunes que la rencontre des volontés n'aurait pas comblées.

Cette largesse se trouve encore consacrée de manière particulièrement exemplaire dans l'article 2-305⁴⁷¹, lequel porte pourtant sur la détermination du prix, élément essentiel par excellence et principale source de controverses dans les pays de *civil law*. Selon cette disposition, si les parties n'ont pas précisé le prix au moment de la conclusion du contrat, sera applicable un prix "raisonnable" au moment de la livraison des marchandises.

Le rôle du juge est, dans ces systèmes, considérable puisque lui revient la tâche de fixer la contrepartie financière - étant entendu que la volonté du législateur est de permettre autant que possible que le contrat soit reconnu - , avec pour seul guide que celle-ci doit être "raisonnable" et que doivent être respectées les exigences que la bonne foi impose. Certains magistrats américains, mus par cette volonté de maintenir à tout prix le contrat, ont par ailleurs admis une application analogique de l'article 2-305 de l'U.C.C. à un contrat de bail conclu sans détermination du loyer dû⁴⁷².

213.- Là où les *common lawyers* et *civil lawyers* se rencontrent, c'est dans la possibilité pour les parties de faire de certains éléments plus accessoires des points déterminants de leur accord. Dans ce cas, les deux volontés devront concorder sur ceux-ci également. A défaut, le contrat ne sera pas conclu.

⁴⁷⁰ V. ATIYAH, *The sale of goods*, 7 th., Ed.Pitman, London, 1985, 26 et s.. V. également C. MOULY, "La formation du contrat", in *La Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises et les Incoterms - Actes du colloque des 1^{er} et 2 décembre 1989*, L.G.D.J., 1990, pp.77-78 ; J.A. JOLOWICZ, *Le droit anglais*, Précis, Dalloz, 1986, p.241, n°235 ; I. CORBIER, *o.c.*, pp.767 et suivantes ; J. PAULSSON, "Chronique des jurisprudences nationales relatives aux contrats internationaux", *D.P.C.I.*, 1981, p.132 ; J.C. KELSO, "The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods : Contract Formation and the Battle of forms", *Columbia Journal of Transnational Law*, 1982-1983, et <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/kelso.html>.

⁴⁷¹ Cette disposition confirme en effet que le prix consistera en "*a reasonable price at the time of delivery*".

⁴⁷² J. PAULSSON, *o.c.*, 1981, p.134.

214.- On peut donc considérer qu'en droit anglais, tout comme en droit américain, l'imprécision de l'offre, ou de l'acceptation, n'est pas en soi considérée comme anéantissant ou retardant le processus de formation du contrat. Il reste que le juge appelé à apprécier une volonté exprimée de manière vague et confuse sera peu enclin à y voir une telle manifestation de volonté. Et c'est sur cet unique angle que l'absence de précision sera susceptible d'exercer une influence sur la reconnaissance de la réalité de l'accord.

c. Une proposition communiquée à son destinataire

215.- L'offre doit être portée à la connaissance de son destinataire⁴⁷³. Il n'y a ici rien d'original par rapport à ce que nous avons dégagé pour les droits français, belge, allemand ou suisse si ce n'est que cette exigence paraît ici, tout comme en droit français, être une composante même de l'offre et non une condition imposée à sa prise d'effets. Il va de soi, en effet, que, pour que le contrat puisse être conclu par l'acceptation du destinataire de l'offre, il est requis que ce dernier en ait eu connaissance. Sur ce point, seront déterminants non seulement les termes utilisés dans l'offre, mais également l'ensemble des circonstances objectives qui l'ont entourée.

216.- L'appréciation de ces éléments par les juges anglais paraît en outre plus stricte que celle réservée par les juges belges ou français, les premiers hésitant davantage, nous l'avons dit, à admettre la qualification d'offre. Cette prudence découle de la réticence connue des juridictions anglaises à admettre l'existence d'un contrat et ainsi, la contrainte étatique qui est susceptible d'en sanctionner le non-respect. Il est alors logique que celle-ci se répercute sur la définition même de l'élément permettant la création du lien obligatoire dans la mesure où sa seule concordance avec une volonté non conditionnelle parfait celui-ci.

217.- Les juridictions américaines admettent quant à elles que l'offre ne doit pas nécessairement être communiquée à son destinataire personnellement. Elle peut prendre effet, et ainsi accorder un droit formateur à ce dernier, même s'il n'en prend connaissance que de manière indirecte, notamment grâce à l'intervention d'un tiers⁴⁷⁴.

2. Distinction avec l'offre d'entrer en négociations

⁴⁷³ V. en particulier le § 23 du *Restatement of Contracts* ("*Necessity of Communication of an Offer*"). Notons que cette disposition précise que la communication de l'offre est une condition imposée à son existence même.

⁴⁷⁴ E.A. FARNSWORTH, *United States Contract Law*, 1991, p. 82.

218.- L'offre doit toujours être distinguée de l'*invitation to treat*⁴⁷⁵. Cette distinction suppose que soient interprétées les volontés de ceux qui se sont exprimés, avec toutes les difficultés que pareille prospection implique.

219.- La principale question suscitée en droits anglais et américain semble ressortir de l'hypothèse où l'offre est faite à un nombre indéterminé de personnes, auquel cas, nous l'avons dit, il ne s'agit en principe pas d'une offre. Ainsi, l'envoi de prospectus⁴⁷⁶, la mise en place de distributeurs automatiques ou encore l'exposition de marchandises en vitrine⁴⁷⁷ ne sont en règle pas considérées comme des offres.

Il n'en ira différemment que lorsque la volonté est entourée de circonstances qui font qu'elle paraît objectivement univoque⁴⁷⁸.

220.- Les positions ne semblent pas aussi tranchées qu'il n'y paraît *prima facie* et seule une analyse des données de l'espèce permettra de dégager la solution à apporter au litige. Si l'envoi par un marchand de catalogues ventant l'achat de vins a été considéré comme une simple invitation à l'offre⁴⁷⁹, il n'en a pas été décidé de même de l'affichage des tarifs applicables au transport ferroviaire de passagers⁴⁸⁰. De même, lorsque les marchandises sont exposées avec indication d'un prix et que les clients peuvent les prendre eux-mêmes dans l'étalage, il y aura bien offre de vente dans le chef du magasin... encore que ceci semble également supposer que le gérant du magasin ne puisse, au moment du passage à la caisse, refuser de vendre auquel cas c'est bien le client - et non le gérant - qui est considéré comme offrant⁴⁸¹.

⁴⁷⁵ CHESHIRE, FIFOOT et FURMSTON, *Law of Contract*, pp. 31 et suivantes et les références citées.

⁴⁷⁶ *Grainger and Son v. Gough* (1896) A.C. 325 ; R. DAVID et D. PUGSLEY, *Les contrats en droit anglais*, L.G.D.J., 1985, p.78, n°104, note 1 ; CHESHIRE, FIFOOT et FURMSTON, *Law of Contract*, p. 34 ; A. LEVASSEUR, *o.c.*, 1996, p. 20-21.

⁴⁷⁷ *Pharmaceutical Society of Great Britain v. Boots Cash Chemist (Southern) Ltd* (1952) 2 QB 795 ; *Timothy v. Simpson* (1834) 6 C. and P. 499. V. également CHESHIRE, FIFOOT et FURMSTON, *Law of Contract*, pp. 34-35.

⁴⁷⁸ E.A. FARNSWORTH, *United States Contract Law*, 1991, pp. 83-84.

⁴⁷⁹ *Grainger and Son v. Gough* (1896) A.C. 325 précité.

⁴⁸⁰ *Denton v. Great Northern railway* (1956), 5 E. and B. 860. Il faut cependant noter que, depuis, les compagnies concernées prennent soin de préciser, dans leurs tarifs, que ceux-ci sont purement indicatifs, déjouant ainsi une jurisprudence qui aurait pu leur être défavorable. V. encore *Wilkie v. London Passenger Transport Board* (1947) 1 All ER 258 où Lord Greene considère qu'un contrat a été conclu "*when an intending passenger puts himself either on the platform or inside the bus*" (v. CHESHIRE, FIFOOT et FURMSTON, *Law of Contract*, p.35).

⁴⁸¹ *Pharmaceutical Society of Great Britain v. Boots Cash Chemist Ltd.* (1952) 2 Q B. 795 et, en appel (1953) 1 Q.B. 401 ; R. DAVID et D. PUGSLEY, *Les contrats en droit anglais*, L.G.D.J., 1985, p.79 ; CHESHIRE, FIFOOT et FURMSTON, *Law of Contract*, p.34.

Une fois de plus les circonstances de l'espèce doivent être précisées pour bien circonscrire la portée de l'arrêt. Si, par principe, le fait d'exposer des marchandises en vitrine, même avec indication du prix, n'est qu'une invitation à l'offre, le fait que les clients du magasin puissent se servir directement justifierait que ce soit bien l'exposant qui

3. La forme de l'offre

221.- L'offre n'est, pas davantage que l'acceptation, soumise à une quelconque exigence de forme⁴⁸². Les déclarations de volonté peuvent ainsi s'exprimer librement, sans devoir être consignées dans un écrit. Elles pourront résulter de toute parole ou comportement attestant à suffisance de la volonté de leur auteur.

222.- L'U.C.C., bien que ne définissant pas l'offre, énonce par ailleurs clairement ce principe en son § 2-206, alinéa 1^{er} lorsqu'il affirme que "*unless otherwise unambiguously indicated by the language or circumstances, an offer to make a contract shall be construed as inviting acceptance in any manner and by any medium reasonable in the circumstances*"⁴⁸³.

B. Les effets de l'offre

1. Libre révocation de l'offre ?

a) Le principe

223.- En *common law*, l'offre est *in se* dépourvue de force obligatoire. Cette position est justifiée, en droit anglais, par la théorie doctrinale de la *consideration*, selon laquelle le pollicitant ne pourrait être lié par sa proposition alors que le destinataire de celle-ci ne lui a accordé aucune contrepartie. La *common law* ne reconnaît en principe pas que l'on puisse être engagé uniquement parce qu'un sujet l'a sérieusement voulu. Une contrepartie est nécessairement exigée : c'est le "*prix de l'engagement*"⁴⁸⁴. En conséquence, "*what is the legal*

émet une offre. Cette solution n'a pas été reçue dans le cas soumis à la *Court of Appeal*. Celle-ci a en effet considéré que, dans la mesure où les produits dont s'était servi le client dans l'étalage ne pouvait être acquis que moyennant une ordonnance médicale - et qu'en conséquence un contrôle de cette effective obtention était requis dans le chef du gérant du magasin - c'était bien le client qui émettait une offre qu'était susceptible d'accepter, ou de refuser, le gérant du magasin.

⁴⁸² R. DAVID et D. PUGSLEY, *o.c.*, 1985, p. 78, n°103 ; E.A. FARNSWORTH, *United States Contract Law*, 1991, p.82 ; G. ALPA, *An introduction to the Law of Contract*, Londres, 1961, pp. 333 et suivantes ; E.A. FARNSWORTH, *Meaning in the Law of Contract*, 76, Yale, 1967, 939 ; E. ERRANTE, *o.c.*, p.4.
V. encore l'arrêt *Hannah Blumenthal* commenté par P. OSWIA, *o.c.*, 1993, pp.298-300.

⁴⁸³ Cette formulation reprend quasiment mot pour mot le § 30 (2) du *Restatement Second of Contract* selon lequel "*unless otherwise indicated by the language or the circumstances, an offer invites acceptance in any manner and by any medium reasonable in the circumstances*".

⁴⁸⁴ H. KÖTZ et A. FLESSNER, *European Contract Law, Volume I, Formation, Validity, and Content of Contracts ; Contracts and Third Parties*, Clarendon Press, Oxford, 1997, pp. 9-10 et les références citées. V. en outre *infra* pour les nuances apportées par la doctrine à cette théorie de la *consideration*, et notamment par le biais d'une reconnaissance du *reliance principle*.

*operation and effect of the facts that are found to have existed ? (...) It is believed that the best short description of this change is that an offer creates a power of acceptance in the offeree (...) After an offer is made, a voluntary expression of assent by the offeree is all that is necessary to create what we call a contract (...) with the correlative liability in the offeror that such a change will take place without any further action on his part*⁴⁸⁵. Au-delà de cela, l'offre ne peut dès lors être contraignante pour son auteur, lequel demeure libre de s'en dégager.

224.- Le droit américain, pour sa part, justifie davantage l'absence de force contraignante par le "*mutuality of obligations principle*"⁴⁸⁶. Comme l'explique E.A. FARNSWORTH, si l'offre était obligatoire, "*the party who is not bound has the opportunity of speculating on marked changes at the expense of the party that is bound. The unfairness of giving this advantage to one of the parties, at least if the other party has not agreed to it, suggests that neither party should be bound until both are bound*"⁴⁸⁷.

225.- Quelle que soit la justification avancée, l'offre est, tant en droit anglais qu'en droit américain, librement révocable jusqu'au moment où elle est acceptée⁴⁸⁸. Elle n'acquiert force obligatoire qu'au moment où elle est rencontrée par une acceptation concordante⁴⁸⁹ - et ce indépendamment de la fixation d'un délai d'acceptation -, c'est-à-dire au moment précis où elle se fonde dans le contrat.

La divergence avec les droits belge, allemand et suisse, mais également le droit français avec lequel il partage pourtant une même norme de principe, est cependant nuancée. Des limitations et tempéraments sont en effet admis, permettant un alignement relatif des positions.

b) Les tempéraments

⁴⁸⁵ CORBIN *on Contracts*, 1952, § 11 et 12.

⁴⁸⁶ E.A. FARNSWORTH, *United States Contract Law*, 1991, p. 78.

⁴⁸⁷ *Ibidem*.

⁴⁸⁸ *Payne v. Cave* (1789) 3 Term Rep 148 ; *Dickinson v. Dodds* (1876) 2 Ch. D. 463, 474, MELLISH L. J. V. FURMSTON, *o.c.*, pp. 58 et suivantes ; P.V.A. MARSH, *Comparative Law*, 1996, p. 58.

Voyez également FURMSTON, *o.c.*, p.58 ; P. OSWIA, *o.c.*, 1993, p.442 ; R. DAVID et PUGSLEY, *o.c.*, 81 ; ZWIGERT et KÖTZ, *o.c.*, p.358 ; G.H. TREITEL, *Law of Contract*, p. 27 ; SCHLESINGER, *Formation of contracts*, 766-767 ; CHESHIRE, FIFOOT et FURMSTON, *Law of Contract*, p. 58 ; FARNSWORTH, *Contracts*, § 3.17 consacrant la libre révocabilité de l'offre grâce au principe de "*mutuality of obligations*" ; A. LEVASSEUR, *o.c.*, 1996, p. 25 ; J.A. JOLOWICZ, *o.c.*, 1992, p. 123, n°173. Sur l'influence du droit anglais dans l'élaboration de l'article 16 de la Convention de Vienne v. EÖRSI, *Commentary*, p.150.

⁴⁸⁹ Mais l'offre prend effet au moment où elle "parvient" à son destinataire : E.A. FARNSWORTH, *United States Contract Law*, 1991, p. 82.

226.- Si le principe de la révocabilité de l'offre semblait ne souffrir aucune discussion il y a quelques années de cela encore, la tendance inverse se constate désormais davantage. Le législateur, tout d'abord, s'est saisi de certains cas particuliers dignes de protection et a fortement limité, voire supprimé, le droit traditionnellement reconnu à l'offrant de retirer sans ombrage son offre. La jurisprudence n'est pas non plus restée insensible à une telle reconnaissance. Les juridictions américaines en particulier semblent plus exigeantes et admettent moins facilement que l'offrant puisse se prévaloir d'un droit de libre révocation. Certaines circonstances de la cause justifient de la sorte une limitation significative de son exercice.

1°) La fourniture d'une consideration ou l'accomplissement d'une formalité

227.- L'offre devient irrévocable, pendant le délai qu'elle détermine ou, à défaut, pendant un délai raisonnable, lorsque celui qui l'émet s'y engage moyennant la fourniture d'une *consideration* dans le chef de celui qui en bénéficie⁴⁹⁰. Certains auteurs parlent alors de "*contrats à option*"⁴⁹¹.

Cette dernière règle reste fort discutée en Angleterre et a par ailleurs justifié des interventions législatives ponctuelles⁴⁹². Pourtant, la jurisprudence reconnaît encore qu'il existe des hypothèses où il est communément admis que l'offre est irrévocable, soit parce que l'accomplissement de formalités spécifiques compense l'absence de *consideration* (*act under seal*), soit parce qu'une *consideration* - fût-elle symbolique - a été fournie⁴⁹³.

228.- Cette exception demeure en tout état de cause de portée relative. Il ne fait en effet aucun doute que, dans ces hypothèses, l'élément adjoint à l'offre - *consideration* ou formalité

⁴⁹⁰ J.A. JOLOWICZ, *o.c.*, 1981, p. 125, n°173

⁴⁹¹ E. ERRANTE, *o.c.*, 1997, p.6.

⁴⁹² Souscription à une société en formation ou en cours d'augmentation de capital en vertu du *Companies Act* (1948).

V. également *Payne v. Cave* (1789) 3 Term. Rep. 148 ; *Routledge v. Grant* (1828) 4 Bing. 653 et *Bristol Bread Co. v. Maggs* (1890) L.R. 44 Ch. D. 616 cités par R. DAVID et D. PUGSLEY, *o.c.*, 1985, p.119, n° 162.

Il est intéressant de noter que, dans l'affaire *Bristol Bread Co. v. Maggs*, une offre avait été émise par Maggs portant sur la vente d'un fonds de commerce. Dès l'émission de celle-ci, des courriers sont échangés entre les parties afin d'échanger leurs vues quant aux clauses contractuelles. Cependant, Maggs retire son offre sans attendre le délai de 10 jours qu'il avait initialement prévu. *Bristol Bread Co.* l'assigne alors, mais la révocation de l'offre est considérée comme valable, le droit de retrait pouvant être exercé à tout moment dès lors qu'une acceptation n'est pas intervenue.

⁴⁹³ E.A. FARNSWORTH, *United States Contract Law*, 1991, p.88 qui parle dans ce cas d'"*option contract*".

complémentaire - disqualifie celle-ci en véritable contrat, en lui-même générateur d'un effet obligatoire⁴⁹⁴.

2°) Exigence de communication du retrait de l'offre

229.- La jurisprudence subordonne en tout état de cause l'efficacité du retrait de l'offre à une condition de forme qui est celle de sa communication au destinataire⁴⁹⁵. Il est exigé que l'offrant qui désire se désister de son offre en informe celui à qui elle a été faite. À défaut de communication, l'offre pourrait valablement être acceptée et former le contrat⁴⁹⁶.

230.- La révocation ne prend ainsi effet que si et au moment où elle parvient à la connaissance du destinataire de l'offre qu'elle entend anéantir⁴⁹⁷. La règle est justifiée par le fait que le contrat, et les déclarations de volontés qui en sont constitutives sont saisies, en droit anglais, par leur apparence objective pour un *reasonable man*, et non à partir de la volonté intime de ceux qui les posent. L'échange dans lequel le pollicitant a souhaité s'inscrire en émettant son offre impose de lui qu'il se soumette à la portée objective de son comportement et qu'il ne trompe pas les croyances légitimes fondées par son destinataire quant à la conclusion du contrat.

⁴⁹⁴ Cette situation est à rapprocher de la notion de promesse unilatérale telle qu'elle est reçue en *civil law*. Cette dernière, et contrairement à l'offre, repose en effet sur la rencontre de *deux* volontés par lesquelles une partie propose la conclusion du contrat aux conditions qu'elle détermine et l'autre accepte de bénéficier de l'offre qui lui est faite. Il s'agit donc bien d'un contrat et non d'un acte unilatéral.

⁴⁹⁵ CHESHIRE, FIFOOT et FURMSTON, *Law of Contract*, p. 58 ; G.H. TREITEL, *Law of contract*, p. 27 ; FURMSTON, *o.c.*, pp. 58-59 ; P.V.A. MARSH, *Comparative Law*, 1996, p. 58-59 ; D. TALLON et D. HARRIS, *o.c.*, 1987, p.17 ; E.A. FARNSWORTH, *United States Contract Law*, 1991, p.87.

V. également les §§ 42 et 43 du *Restatement Second of Contracts*. Selon le § 42, en effet, "*an offeree's power of acceptance is terminated when the offeree receives from the offeror a manifestation of an intention not to enter into the proposed contract*". Le § 43 poursuit en considérant que "*an offeree's power of acceptance is terminated when the offeror takes definite action inconsistent with an intention to enter into the proposed contract and the offeree acquires reliable information to that effect*".

⁴⁹⁶ *Stevenson v. Mac Lean* (1880) 5 Q.B.D. 346 et *Byrne v. Van Tienhoven* (1880) 5 C.P.D. 344, Common Pleas Division. V. R. DAVID et D. PUGSLEY, *o.c.*, 1985, p.82 ; A. LEVASSEUR, *o.c.*, 1996, p. 25.

Il ressort de l'affaire *Byrne v. Van Tienhoven* que ce qui importe c'est que le destinataire de l'offre ait pu avoir connaissance du retrait de celle-ci au moment où il expédie son acceptation. Si tel est le cas, l'offre a été valablement révoquée et le contrat n'est point conclu. À défaut, le contrat est valablement formé entre les parties. Les faits étaient les suivants : le 1^{er} octobre, une offre de vente est émise et, ensuite, révoquée par son auteur le 8 octobre (date de l'expédition). Le 11 octobre, le destinataire de l'offre envoie, par télégraphe, son acceptation et la confirme par lettre le 15. Il ne reçoit la lettre de révocation que le 20 octobre. La question qui s'est posée était donc de savoir quand la révocation avait pris effet. Il est alors considéré que "*delivery to the post office is delivery to the other party. But this principle is not applicable to the withdrawal of an offer. There is no authority or principle that withdrawal is effective before it is received. So the withdrawal was ineffective and the contract completed on 11 october*".

⁴⁹⁷ S. GARDNER, "Trashing with Trollope : A Deconstruction of the Postal Rules in Contract", *Oxford Journal of Legal Studies*, 1992, p. 170.

231.- La limitation ainsi posée à la libre révocation est cependant de portée réduite dans la mesure où l'appréciation de cette réalité demeure peu rigoureuse. La jurisprudence admet notamment que la révocation prenne effet alors que le destinataire de l'offre en a eu connaissance de manière indirecte, par exemple grâce à l'intervention d'un tiers⁴⁹⁸. De même, lorsque l'offre est faite au public, il suffit à l'offrant de manifester sa volonté par le même mode de communication que celui utilisé pour émettre l'offre⁴⁹⁹. Dans ce cas, la révocation produit tous ses effets, en ce compris envers ceux qui n'en ont pas pris connaissance.

3°) Limitations dans le temps de l'exercice du droit de retrait

- La mailbox rule⁵⁰⁰

232.- Le principal tempérament au droit de libre révocation découle en réalité de l'application de la *Mailbox theory*. Selon cette théorie, dégagée lors de l'affaire *Adams v. Lindsell* (1818)⁵⁰¹ et toujours appliquée par les juridictions anglaises, l'offrant aurait implicitement, par le dépôt de sa pollicitation à la poste, autorisé les services de cette dernière à recevoir pour son compte l'acceptation. Le contrat se forme ainsi au moment de l'expédition de l'acceptation et non au moment de sa réception par l'offrant.

233.- L'unique objectif de cette théorie plus que controversée était de réduire au maximum le délai durant lequel l'offrant peut valablement retirer l'offre qu'il a lancée. Cependant, le fait qu'elle tolère la conclusion du contrat alors que le pollicitant n'a pas pu légitimement avoir connaissance de l'acceptation, a justifié son abandon aux États-Unis. En droit anglais également, elle s'est vue confinée dans des limites strictes qui sont celles de la conclusion des

⁴⁹⁸ Voir encore *Dickinson v. Dodds* (1876) 2 Ch. D. 463 précité et *Cartwright v. Hoogsteel* (1911) 105 L. T. ; CHESHIRE, FIFOOT et FURMSTON, *Law of Contract*, p. 59 ; E. ERRANTE, *o.c.*, p.6 ; R. DAVID et D. PUGSLEY, *Les contrats en droit anglais*, L.G.D.J., 1985, p.83 ; G.H. TREITEL, *Law of contract*, pp. 28-29 ; FURMSTON, *o.c.*, p.59.

Dans l'affaire *Dickinson v. Dodds*, une offre de vente avait été émise le 10 juin 1874 avec mention d'un délai d'acceptation expirant le 12 juin à 9 heures. Le 11 juin, le destinataire de l'offre apprend par un tiers que l'offrant négocie la conclusion du contrat de vente avec une autre personne et rédige dès lors une lettre d'acceptation qu'il remet à un membre de la famille de l'offrant. Ce dernier oublie cependant de la lui remettre. Le 12 juin, avant 9 heures, le destinataire de l'offre remet à l'offrant une copie de son acceptation, mais ce dernier lui dit avoir déjà vendu à un tiers, sa réponse étant tardive. La Cour d'appel considéra qu'il y avait bien une offre et que celle-ci était assortie d'un délai d'acceptation. Aucune *consideration* n'ayant cependant été fournie, la liberté de l'offrant restait entière de conclure avec un tiers, et, sur ce point, aucune rétractation expresse n'était requise. Qui plus est, le destinataire de l'offre savait parfaitement, l'ayant appris d'un tiers, que l'offrant ne souhaitait plus conclure avec lui de sorte que l'offre a été valablement révoquée. Cette connaissance même rendait la révocation effective.

⁴⁹⁹ Arrêt *Shuey v. United States*, cité par E. ERRANTE, *o.c.*, p. 7 (arrêt 1 G). V. également G.H. TREITEL, *Law of contract*, p. 28.

⁵⁰⁰ V. pour plus de détails *infra*, Titre II, Chapitre I, n° 259 et sv.

⁵⁰¹ ZWEIGERT et KÖTZ, *o.c.*, p.358.

contrats par voie postale. Dans tous les autres cas, elle cède en effet le pas, depuis l'important arrêt *Telex case* de 1955, à la théorie de la réception.

- Le contrat unilatéral

234.- Il faut également noter que lorsqu'il s'agit d'une offre proposant un contrat unilatéral, les jurisprudences américaine et anglaise dépouillent l'offrant de son droit de révocation une fois l'acte d'acceptation commencé⁵⁰². Dans cette éventualité, l'exercice du droit de libre révocation se voit, tout comme par application de la *mailbox rule*, confiné dans un champ temporel plus restreint.

4°) Le droit américain

- L'article 2-205 de l'U.C.C.

235.- Franchissant un pas supplémentaire, l'article 2-205 de l'U.C.C. américain⁵⁰³ consacre le principe de l'irrévocabilité de l'offre et ce indépendamment de la fourniture d'une *consideration*. Selon cette section, applicable aux seules "*firm offers*", l'offrant peut s'engager à ne pas retirer son offre pendant un certain délai, quand bien même aucune contrepartie n'a été fournie. Le tempérament ainsi apporté à la règle est considérable.

236.- Cette disposition subordonne ainsi l'irrévocabilité au respect de certaines conditions tenant notamment à la forme de l'offre - qui doit nécessairement être écrite - et au délai d'acceptation accordé à son destinataire, lequel ne peut excéder trois mois⁵⁰⁴. A défaut, les règles de la *common law* demeurent applicables, et la révocabilité reprendra son empire.

- Alternatives à la doctrine de la *consideration*

237.- C'est aux États-Unis qu'ont été proposées par la doctrine les principales exceptions au principe de la libre révocation de l'offre.

⁵⁰² E. ERRANTE, *o.c.*, p. 7.

⁵⁰³ Cette section dispose que "*an offer by a merchant to buy or to sell goods in a signed writing which by its terms gives assurance that it will be held open is not revocable, for lack of consideration, during the time stated or if no time is stated for a reasonable time, but in no event may such period of irrevocability exceed three months ; but any such term of assurance on a form supplied by the offeree must be separately signed by the offeror*". Cette disposition est également soumise à révision. Celle-ci porte cependant uniquement dans la forme de la disposition, et non quant au fond. Les termes "*writing*" et "*supplied*" sont en effet remplacés par "*record*". *Revision of Uniform Commercial Code - Article 2*, National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, August 10-17, 2001 disponible sous <http://www.law.upenn.edu/bll/ulc/ucc1/Ucc161401.htm>.

⁵⁰⁴ V. J. HONNOLD, *o.c.*, p. 207, n°142.

Ainsi, certains auteurs, parmi lesquels Charles FRIED, ont-ils contesté la théorie de la *consideration* et suggéré de fonder la force obligatoire des engagements dans le '*promise principle*', préconisant de la sorte une idée morale du contrat fondée sur l'obligation pour chacun de tenir ses promesses. Selon ce dernier, en effet, "*an individual is morally bound to keep his promise because he has intentionally invoked a convention whose function is to give grounds - moral grounds - for another to expect the promise's performance*"⁵⁰⁵. La jurisprudence témoignerait elle-même de ce que les juges reçoivent le caractère contraignant d'une 'promesse' alors même que rien n'a été fourni en échange.

238.- Afin de contrer les révocations abusives, la jurisprudence a encore favorisé l'émergence de plusieurs théories, telles que celle dégagée aux États-Unis, mais jouissant également des faveurs de certains auteurs anglais⁵⁰⁷, de considérer qu'au moment où l'offrant émet son offre, il en émet en réalité deux ('*Two offers in one promise*')⁵⁰⁸ : l'une, principale et expresse, est formulée par lui alors que la seconde, implicite, comporte son engagement de ne pas révoquer l'offre si celui à qui elle est adressée commence l'exécution du contrat dans un délai raisonnable. Des sanctions civiles sont appliquées en cas de rupture de la promesse. Cette idée selon laquelle l'émission de l'offre se scinderait en une double proposition dont l'une porte sur le maintien de l'offre a également été défendue, nous l'avons vu, en France, par R. DEMOLOMBE.

- La doctrine du *promissory estoppel*⁵⁰⁹

⁵⁰⁵ C. FRIED, "Contract as Promise, A Theory of Contractual Obligations" (1981), in KRONMAN, 91 *Yale Law Review*, 1981 ; C. FRIED, *Contract as Promise*, Cambridge, Harvard University Press, 1981, pp. 1 à 20 ; H. KÖTZ et A. FLESSNER, *European Contract Law, Volume I, Formation, Validity, and Content of Contracts ; Contracts and Third Parties*, Clarendon Press, Oxford, 1997, p.8.

⁵⁰⁶ L'auteur ajoute encore, en ce qui concerne l'exécution du contrat, que "*there exists a convention that defines the practice of promising and its entailments. This convention provides a way that a person may create expectations in others. By virtue of the basic Kantian, principles of trust and respect, it is wrong to invoke that convention in order to make a promise, and then to break it. If I make a promise to you, I should do as I promise ; and if I fail to keep my promise, it is fair that I should be made to hand over the equivalent of the promised performance*" (C. FRIED, *Contract as Promise*, 1981, p. 17).

⁵⁰⁷ V. les références citées par P. OSWIA, *o.c.*, 1993, pp. 415-446.

⁵⁰⁸ P. OSWIA, *o.c.*, 1993, pp. 415-446.

⁵⁰⁹ V. CHESHIRE, FIFOOT et FURMSTON, *Law of Contract*, 13^{ème} édition, London, Edinburgh, Butterworths, 1996, p. 101 ; P. OSWIA, *o.c.*, 446 et suivantes ; J.F. O'CONNOR, *Good Faith in English Law*, Dartmouth, 1990, spécialement pp. 25-29 et 35-36 ; J.M. FEINMAN, "Promissory Estoppel and Judicial Method", 97, *Harv. L.R.*, 1984, 678 ; J.M. FEINMAN, "The Last Promissory Estoppel Article", *Fordham L.R.*, vol. 61, 1992, pp.303 à 316. V. également la contribution de Bertrand DE CONINCK, Titre I, Chapitre III, n° 83 à 94.

Il est à noter que la doctrine du *promissory estoppel* n'a jamais reçu en droit anglais l'écho qu'y ont réservé les juges et auteurs américains. Le droit anglais confine en effet celle-ci aux seules hypothèses où des promesses contractuellement non contraignantes sont émises alors que les parties sont d'ores et déjà engagées par un contrat. Ainsi permettrait-elle, par exemple, de sanctionner le non-respect, par un employeur, des engagements

239.- Plus intéressante et de portée plus largement reconnue, la doctrine américaine du *promissory estoppel* constitue pareillement une limite au principe de la libre révocabilité.

240.- L'idée sous-jacente à cette théorie est que si une personne adopte un comportement pouvant raisonnablement être interprété comme une offre ferme, *et* si celui à qui elle s'est adressé a légitimement pu accorder crédit à cette représentation - et a agi en conséquence à son détriment -, elle pourra être tenue par l'apparence créée et ce même si cette dernière ne correspond pas à sa volonté intime⁵¹⁰. Cette théorie doctrinale, dégagée aux Etats-Unis, permet dès lors de sanctionner le retrait de l'offre, quand bien même aucune *consideration* n'aurait été fournie par celui qui en bénéficie.

241.- Ce faisant, la doctrine du *promissory estoppel* tend à condamner le non-respect d'une promesse⁵¹¹ toutes les fois que le destinataire de celle-ci a raisonnablement pu fonder sur son maintien des *reasonable expectations (reliance)* et a, sur la foi de cette apparence, agi à son préjudice. L'offre sera alors contraignante parce qu'il paraissait raisonnable de la considérer comme telle et que l'on a agi en conséquence⁵¹².

La portée reconnue, aux Etats-Unis, à cette doctrine concurrente de la *consideration*, a justifié sa consécration formelle dans le § 90.1. du *Restatement (Second) of Contract*. Selon celui-ci, en effet, "*a promise which the promisor should reasonably expect to induce action or forbearance on the part of the promisee or a third person and which does induce such action or forbearance is binding if injustice can be avoided only by enforcement of the promise. The remedy granted for breach may be limited as justice requires*". Mais elle a également exercé une influence certaine sur l'adoption de certaines règles posées par les Principes UNIDROIT et les Principes européens⁵¹³.

qu'il a pris vis-à-vis de ses travailleurs. V. également *Central London Property Trust Ltd. v. High Trees House Ltd.* (1947).

⁵¹⁰ CHESHIRE, FIFOOT et FURMSTON, *Law of Contract*, 13^{ème} édition, London, Edinburgh, Butterworths, 1996, p. 101.

⁵¹¹ La promesse est centrale dans la doctrine du *promissory estoppel* telle qu'elle se dégage du § 90 du *Restatement Second of Contract* (WILLISTON) bien plus que la confiance, ou *reliance*, qui est "*only one of the factors that indicated that the promise was of sufficient quality so that it ought to be enforced. The other elements in section 90 (whether the reliance was foreseeable, whether it was of a definite and substantial character, and whether it actually was induced by the promise) would determine the appropriate scope of the doctrine*" (J.M. FEINMAN, *o.c.*, *Fordham L.R.*, vol. 61, 1992, p. 305).

⁵¹² *Drennan v. Star Paving Co.*, 51 Cal. 2d 409, 333 P.2d 757 (1958) cité par E.A. FARNSWORTH, *United States Contract Law*, 1991, p.88, note 19 ainsi que les § 87 (2) et 90 (1) du *Restatement (Second) of Contracts*.

⁵¹³ V. *infra*, Titre II, Chapitre II, n° 83 à 88 (Principes d'Unidroit) et n° 130 (PESC).

Reste que la sanction de pareille attitude ne sera jamais, en *common law*, sanctionnée par la conclusion forcée du contrat. Elle ouvrira cependant à celui qui s'estime lésé une action lui permettant d'obtenir la juste compensation de son dommage.

C. La Caducité de l'offre (lapse)

242.- La *common law* reconnaît que l'offre devient caduque dans certaines circonstances particulières⁵¹⁴.

1. Rejet et échéance du délai

243.- Il est admis, au premier titre, que le rejet de l'offre anéantit le pouvoir formateur inhérent à l'acceptation et ce pouvoir ne pourra être relevé de ses cendres⁵¹⁵. Une acceptation ultérieure ne rétablira en effet jamais l'offre initiale⁵¹⁶. Cette règle n'est cependant pas absolue. S'il ressort des circonstances de l'espèce que le destinataire de l'offre s'est simplement borné à demander des informations complémentaires ou s'est assuré que l'offrant ne modifierait pas sa position ou n'allongerait pas le délai prévu pour l'acceptation, l'offre pourrait être considérée comme toujours vivace⁵¹⁷.

244.- Il est également constant que l'offre devient caduque à l'expiration du délai qu'elle précise, ou, à défaut d'une telle fixation, à l'échéance d'un "délai raisonnable"⁵¹⁸. On ne pourrait admettre que l'offre soit maintenue indéfiniment. La particularité du droit anglais est ici de fonder cette affirmation sur un "*implied term*" pouvant avoir alternativement un double objet selon que l'on se place sous l'angle de l'acceptant - l'expiration du délai consisterait alors en un rejet implicite de l'offre - ou de l'offrant, l'offre ne "vaudrait" alors que pendant un délai fixé ou raisonnable.

⁵¹⁴ V. en particulier, pour le droit américain, les §§ 36 et suivants du *Restatement (Second) of Contract*.

⁵¹⁵ *Hyde v. Wrench* (1840) 3 Beav. 334 ; R. DAVID et D. PUGSLEY, *o.c.*, p.83, note 3 ; A. LEVASSEUR, *o.c.*, 1996, pp. 24-25 ; G.H. TREITEL, *Law of Contract*, p. 29. V. en particulier le § 38 du *Restatement Second of Contract* ("*Rejection*").

⁵¹⁶ FURMSTON, *o.c.*, pp. 62-63 ; R. DAVID et D. PUGSLEY, *o.c.*, 83-84 ; E. ERRANTE, *o.c.*, p.6.

⁵¹⁷ *Stevenson, Jacques & Co. v. Mac Lean* (1880) 5 Q.B.D., 346 ; V. également G.H. TREITEL, *Law of Contract*, p. 29.

⁵¹⁸ *Ramsgate Victoria Hotel Co. v. Montefiore* (1866) L.R. Ex. 109 ; R. DAVID et D. PUGSLEY, *o.c.*, p.83, note 2 ; G.H. TREITEL, *Law of contract*, p. 30 ; FURMSTON, *o.c.*, pp. 62-63 ; CHESHIRE, FIFOOT et FURMSTON, *Law of Contract*, p.62-63.

V. encore, en droit américain, *Loring v. City of Boston* 7 Metcalf 409 (1844) cité par FURMSTON, *o.c.*, p.63.

2. Caducité due au décès ou à la survenance d'une cause d'incapacité

245.- Bien que l'inexistence d'une approche globale rende peu aisée l'élaboration d'une réponse unique, un sort différent semble devoir être réservé à l'incapacité et au décès.

246.- En droit anglais, les conséquences de la survenance d'une cause d'incapacité dans le chef de l'offrant sont différentes selon qu'elle constitue un fait connu ou non de celui à qui ce dernier s'est adressé. Il semble admis que la proposition devient caduque si celui qui l'a reçue a connaissance de l'incapacité⁵¹⁹. Dans le cas contraire, le contrat sera considéré comme conclu, mais l'annulation de la convention pourra être demandée.

En ce qui concerne le décès, se pose également la question de savoir si le destinataire de l'offre ignorait ou non cet événement⁵²⁰. La position est cependant moins tranchée qu'en ce qui concerne l'acceptation. Si, en effet, les tribunaux anglais concluent généralement au maintien de l'offre⁵²¹, une position différente a été défendue dans l'affaire *Dickinson v. Dodds*⁵²². L'idée est que le décès, dans la mesure où il anéantit la volonté de l'offrant, joue comme une cause de révocation.

247.- Aux États-Unis, la caducité ne fait aucun doute pour une jurisprudence largement majoritaire⁵²³, et ce indépendamment de la connaissance ou non du décès⁵²⁴. Le *Restatement (Second) of Contract* consacre également cette solution en ses §§ 36⁵²⁵ et 48⁵²⁶.

⁵¹⁹ FURMSTON, *o.c.*, p.64 ; E. ERRANTE, *o.c.*, p. 6.

⁵²⁰ G.H. TREITEL, *Law of Contract.*, pp. 44 et suivantes ; CHESHIRE, FIFOOT et FURMSTON, *Law of Contract*, p.64-65.

⁵²¹ *Bradbury v. Morgan* (1862) 1 H & C 249 cité par CHESHIRE, FIFOOT et FURMSTON, *Law of Contract*, p.64..

⁵²² *Dickinson v. Dodds* (1876) 2 Ch D 463 at 475. Selon Mellish LJ, "if a man who makes an offer dies, the offer cannot be accepted after he is dead". V. FURMSTON, *o.c.*, p.64.

⁵²³ E.A. FARNSWORTH, *United States Contract Law*, 1991, p.88.

⁵²⁴ E. ERRANTE, *o.c.*, p. 5 ; A. LEVASSEUR, *o.c.*, 1996, p. 26 ; V. également, pour ce qui est du droit anglais, R. DAVID et D. PUGSLEY, *o.c.*, p.83, n° 113.

⁵²⁵ Selon cette disposition, en effet, :

"An offeree's power of acceptance may be terminated by :

1. a rejection or counter-offer by the offeree, or
2. lapse of time, or
3. revocation by the offeror, or
4. death or incapacity of the offeror or the offeree.

In addition, an offeree's power of acceptance is terminated by the non-occurrence of any condition of acceptance under the terms of the offer".

248.- En tout état de cause, lorsque le contrat dont la conclusion est projetée peut être considéré comme *intuitu personae* dans le chef de l'offrant, le décès de celui-ci entraînera toujours la disparition de l'offre⁵²⁷.

III. L'acceptation

249.- Le § 50 du *Restatement Second of Contract* définit l'acceptation d'une offre comme "*a manifestation of assent to the terms thereof made by the offeree in a manner invited or required by the offer*"⁵²⁸. Cette définition, qui n'est que la consécration expresse de la règle admise en *common law*, exige uniquement que, pour former le contrat, l'acceptation rencontre l'offre. Elle doit donc concorder avec cette dernière, tant dans son contenu (concordance matérielle) que dans le temps (concordance temporelle). Ainsi, les volontés devront-elles se rencontrer sur les éléments du contrat projeté, mais encore à un moment où l'offre existe encore. Les juristes anglais parlent alors de "*consensus ad idem*".

Cette situation, commune également aux autres droits étudiés, est parfaitement formulée par le Professeur E.A. FARNSWORTH lorsqu'il voit en l'offrant "*the master of the offer*", en ce sens que "*(...) by the offer, the offeror confers on the offeree the power of acceptance, the offeror has control over the extent of that power and over how it can be exercised (...) The offeror enjoys a 'freedom from contract' except on the offeror's own conditions*"⁵²⁹.

250.- La complexité de certaines négociations est souvent génératrice d'incertitudes quant à la présence d'une acceptation effective. Il est en effet fréquent que les parties discutent, s'échangent leurs avis, voire même leur accord sur certains points ponctuels, qu'elles demandent des compléments d'informations, qu'elles émettent des propositions dont elles savent qu'elles accepteront d'en discuter les termes et de faire certaines concessions. Dans ce cas, il appartient au juge de rechercher, au regard de l'ensemble des données de l'espèce, si les parties se sont accordées sur les mêmes termes⁵³⁰.

Voir cependant § 37 relatif aux *Option contracts* et le § 49 qui vise l'hypothèse du décès "*of Essential Person or Destruction of Essential Thing*". La caducité est ainsi envisagée aux §§ 38 ("*Rejection*"), 39 (2) ("*Counter Offer*"), 42 ("*Revocation*") et 46 ("*Revocation of General Offer*").

⁵²⁶ Selon le § 48 ("*Death or Incapacity of Offeror or Offeree*"), en effet, "*an offeree's power of acceptance is terminated when the offeree or offeror dies or is deprived of legal capacity to enter into the proposed contract*".

⁵²⁷ H. KÖTZ et A. FLESSNER, *European Contract Law*, 1997, p. 25.

⁵²⁸ L'importance de la fourniture d'une consideration ressort en outre du § 52 qui précise que "*an offer can be accepted only by a person whom it invites to furnish the consideration*". V. également les §§ 71 et suivants.

⁵²⁹ E.A. FARNSWORTH, *United States Contract Law*, 1991, p. 84.

⁵³⁰ G.H. TREITEL, *Law of Contract*, p. 11-12.

A. Forme de l'acceptation

251.- L'acceptation se manifeste à travers toute forme d'expression attestant d'un assentiment à l'offre. Elle pourra être verbale, écrite ou résulter d'un comportement univoque tel qu'un acte d'exécution⁵³¹.

252.- Lorsque le contrat projeté est un contrat bilatéral, l'expression de l'acceptation, sous quelque forme que ce soit, ne sera cependant pas suffisante et le pollicitant gardera son droit de libre révocation jusqu'au moment où il sera en mesure d'en prendre connaissance, grâce à sa notification. Lorsque, au contraire, le contrat est unilatéral, l'acceptation s'exprime par l'accomplissement de la prestation due et le contrat se forme en principe à ce moment. Si l'offrant n'a dans ce cas pas exigé que celui-ci lui soit communiqué, il ne pourra faire obstacle à la conclusion du contrat postérieurement au commencement de l'acte d'exécution.

253.- En tout état de cause, si, en principe, l'acceptation n'est soumise à aucune condition de forme⁵³², l'offrant peut avoir précisé, dans sa pollicitation, le respect de certaines formalités. Dans ce cas, l'acceptation ne sera tenue pour telle, et ne formera le contrat, que pour autant qu'elle s'y soumette ou qu'elle utilise "*something better*"⁵³³.

L'U.C.C. américain et le *Restatement Second of Contracts* ne dérogent pas à ce principe. Il se trouve par ailleurs consacré expressément dans le § 30 du *Restatement*⁵³⁴.

254.- S'interroger sur la forme que peut revêtir l'acceptation conduit tout naturellement à apprécier les conséquences attachées au silence ou à l'inaction du destinataire de l'offre⁵³⁵.

⁵³¹ P.V.D. MARSH, *Comparative Law*, p. 69 (chapitre 5 : Acceptance) ; CHESHIRE, FIFOOT et FURMSTON, *Law of Contract*, p. 37 ; E.A. FARNSWORTH, *United States Contract Law*, 1991, p.85 faisant notamment référence au § 2-206 (1) (b) de l'U.C.C. américain ; G.H. TREITEL, *Law of contract*, p. 13 citant notamment *Harvey v. Johnston* (1848), 6 C.B., 295, 305.

Notons cependant qu'en droit américain, le § 53 du *Restatement Second of contract* précise que "*an offer can be accepted by the rendering of a performance only if the offer invites such an acceptance*". V. également les alinéas suivants.

⁵³² G.H. TREITEL, *Law of Contract*, p. 12 et l'ensemble des références citées dans la suite de cet exposé.

⁵³³ *Manchester Diocesan Council v. Commercial Investments* (1970) Chancery Division ; *Tinn v. Hoffmann* (1873).V. également CHESHIRE, FIFOOT et FURMSTON, *Law of Contract*, p.51.

⁵³⁴ Selon ce dernier, en effet, "*(1) an offer may invite or require acceptance to be made by any affirmative answer in words, or by performing or refraining from performing a specified act; or may empower the offeree to make a selection of terms in his acceptance*".

⁵³⁵ G. MEAD, "Free acceptance : some further considerations", *Law Quaterly Review*, 1989, pp. 460 et suivantes ; P. OSWIA, "Silence : efficacy in contract formation : a comparative view of french and english law", *Int. and*

En *common law*, tout comme ailleurs, l'acceptation doit, en principe, être expresse. Il en découle dès lors logiquement qu'une telle passivité ne suffit pas pour considérer que le contrat serait formé, quand bien même l'offrant aurait pris soin de mentionner dans son offre que tel serait le cas. Si le pollicitant peut prescrire un mode spécial d'acceptation de l'offre, il ne peut imposer un mode de refus de l'offre⁵³⁶. Ce principe, qui a été dégagé dans l'affaire *Felthouse v. Bindley*⁵³⁷ n'est, depuis, plus démenti.

Il est cependant admis que cette règle cède dans certaines circonstances particulières, notamment lorsque les parties sont en relations suivies d'affaires⁵³⁸. Au-delà de cette situation particulière, le silence pourra mener à la conclusion du contrat lorsqu'il peut être interprété en ce sens par un homme raisonnable⁵³⁹. La pratique témoigne de la grande rigueur dont font preuve les juges, faisant dépendre la qualification de l'offre de circonstances spécifiques⁵⁴⁰. Il en sera ainsi, par exemple, lorsque l'offre est sollicitée par son destinataire, si celui-ci affirme expressément que son silence vaut acceptation, si l'on peut considérer qu'existe une obligation de prendre position lorsqu'il s'agit d'une acceptation "*by conduct*" (inclination de la tête, levée de la main dans une vente aux enchères sans réserve), ou encore lorsque l'offre est faite dans l'intérêt exclusif de celui qui la reçoit.

La section 69 du *Restatement (Second) of Contract* est sur ce point éloquente. Selon celle-ci, en effet, le silence ne peut être lu comme une acceptation de l'offre que dans trois hypothèses précisées dans son alinéa 1^{er} :

Com. Law Quarterly, 1991, pp. 784 et suivantes ; V. également CHESHIRE, FIFOOT et FURMSTON, *Law of Contract*, p. 49 ; P.V.A. MARSH, *Comparative Law*, p. 69 selon qui "*The general rule is that acceptance cannot be inferred from silence alone other than in the most exceptional circumstances*" (c'est nous qui soulignons).

⁵³⁶ P. OSWIA, *o.c.*, 1989, p. 461-462.

⁵³⁷ *Felthouse v. Bindley* (1862) Court of Common Pleas, 11 C.B.N.S., 869 ; Voir également l'article publié par CORBIN, "Offer and Acceptance and Some resulting Legal Relations", *Yale Law Journal*, Vol. XXVI, p. 169 ; G.H. TREITEL, *Law of contract*, p. 21 ; FURMSTON, *o.c.*, p. 49 ; P. OSWIA, *o.c.*, 1991, pp. 785-786 ; G. MEAD, *o.c.*, 1989, pp.461 et suivantes.

⁵³⁸ *Brogden v. Metropolitan Railway Co.* (1877) L.R. 2 App. Cas. 66 ; P. OSWIA, *o.c.*, 1991, p. 787-788.

⁵³⁹ P. OSWIA, *o.c.*, 1993, 256 et suivantes ; E. ERRANTE, *o.c.*, 10 ; R. DAVID et D. PUGSLEY, *o.c.*, 80 ; FURMSTON, *o.c.*, 49-50.
V. Express Industries and Terminal Corp. v. New York State Dept. of Transportation, 99 N.Y. Int. 0118, July 8, 1999.

⁵⁴⁰ P. OSWIA, *o.c.*, 1991, p.790 selon qui "*instances under English law where silence may be held effective as acceptance are confined to 'most exceptional circumstances' and there are only a few cases that recognise silence as acceptance. In the broader context of common law, by taking some American jurisdictions into account, the series cases suggested by English writers where the offeree's silence may be held effective can be categorised into three different classes*". Et l'auteur de citer les trois cas suivants : "*silence meant and understood to be effective*" (p. 791) ; "*Duty to speak*" (obligation de réaction de la part du destinataire de l'offre, laquelle dépend des circonstances de l'espèce - p. 791) et "*Silence related to conduct*" (p. 792).

- "where an offeree takes the benefit of offered services with reasonable opportunity to reject them and reason to know that they were offered with the expectation of compensation
- where the offeror has stated or given the offeree reason to understand that assent may be manifested by silence or inaction, and the offeree in remaining silent and inactive intends to accept the offer.
- Where because of previous dealings or otherwise, it is reasonable that the offeree should notify the offeror if he does not intend to accept".

B. L'acceptation modalisée

1. Le droit anglais

255.- Le droit anglais ne présente pas de différence importante avec les droits belge et français sur ce point, si ce n'est un formalisme plus poussé. Cette plus grande rigueur découle de la conception même du contrat. Si les juristes anglais témoignent en effet d'une plus grande réticence à admettre que les parties accèdent à la sphère contractuelle, c'est que le contrat, une fois reconnu, peut être sanctionné et il est difficilement admis que l'on puisse s'en dégager⁵⁴¹.

256.- En ce sens, l'acceptation doit être faite sans réserve déterminante sous peine de rendre l'offre caduque⁵⁴² et de constituer une nouvelle offre (*counter-offer*⁵⁴³) que le pollicitant originaire sera libre d'accepter ou de refuser⁵⁴⁴. Il ne s'agit là que d'une application de la *mirror image rule*.

Une solution différente pourra cependant être admise si le rejet n'est pas ferme. Ainsi en sera-t-il en particulier lorsque le destinataire de l'offre se borne à demander des informations complémentaires, nécessaires à une acceptation éclairée⁵⁴⁵.

2. Le droit américain

⁵⁴¹ R. DAVID et D. PUGSLEY, *o.c.*, 1985, p.80.

⁵⁴² *Hyde v. Wrench* (1840) 49 Eng.Rep. 132.

⁵⁴³ CHESHIRE, FIFOOT et FURMSTON, *Law of Contract*, p.38.

⁵⁴⁴ *Harris' Case* (1872) L.R. 7 Ch. App. 587 cité par G.H. TREITEL, *Law of contract*, p. 13, note 39 ainsi que *Jones v. Daniel* (1894) 2 Ch. 332 et *Love & Stewart, Ltd v. S. Instone & Co., Ltd* (1917) 33, T.L.R., 475 ; MARSH, *Comparative Law*, p. 69 ; A. LEVASSEUR, *o.c.*, 1996, p. 29.

⁵⁴⁵ *Stevenson v. Mac Lean* (1880) 5 Q.B.D. 346 (*précité*).

257.- Tant le *Restatement (Second) of Contract* que l'U.C.C. répondent à la problématique de la discordance matérielle entre l'offre et l'acceptation qui tend à la rencontrer.

Selon le § 39 du *Restatement*, en effet, "*a counter-offer is an offer made by an offeree to his offeror relating to the same matter as the original offer and proposing a substituted bargain differing from that proposed by the original offer*" (alinéa 1^{er}). Et d'ajouter que "*an offeree's power of acceptance is terminated by his making of a counter-offer, unless the offeror has manifested a contrary intention or unless the counter-offer manifests a contrary intention of the offeree*" (alinéa 2). Le § 59 quant à lui poursuit en ces termes : "*a reply to an offer which purports to accept it but is conditionnal on the offeror's assent to terms additional to or different from those offered is not an acceptance but is a counter-offer*"

Il ressort de cette disposition que la *mirror image rule* trouve également écho en droit américain⁵⁴⁶. Son application permettra de contrer la formation du contrat dès lors que l'acceptation diverge de l'offre initialement émise. Pourtant, la solution admise par le second alinéa du § 39 nuance la rigueur que cette règle est susceptible d'engendrer, et permet de tempérer cette conséquence peu favorable à la survie du contrat. L'acceptation modalisée n'entraînera la disparition de l'offre initiale, et constituera dès lors une nouvelle offre, que si telle a été la volonté manifestée par l'offrant originaire ou si tel était bien l'objectif poursuivi par le destinataire de l'offre en émettant une proposition divergente. Il est intéressant de constater que, ce faisant, le *Restatement* fait référence à l'"intention", donnée par nature plus subjective. Conformément au principe admis, cependant, cette volonté devra être appréciée objectivement, au regard de l'ensemble des circonstances de la cause.

L'article 2-207 de l'U.C.C. américain pose également une solution claire aux éventuelles discordances entre l'offre et l'acceptation. Selon celui-ci, en effet,

1. A definite and reasonable expression of acceptance or a written confirmation which is sent within a reasonable time operates as an acceptance even though it states terms additional to or different from those offered or agreed upon, unless acceptance is expressly made conditional on assent to the additional or different terms.

⁵⁴⁶ E.A. FARNSWORTH (*United States Contract Law*, 1991, pp.86-87) relève cependant qu'hormis les nuances apportées par le *Restatement Second of Contract* ou l'U.C.C., "*Courts have, however, developed techniques to mitigate the harshness of the mirror image rule*". La première technique consiste à considérer que l'acceptation modalisée consisterait en réalité en une proposition de modification des termes contenus dans l'offre que l'offrant originaire peut accepter ou refuser. Dans ce cas, l'acceptation, bien que modifiant les termes de l'offre initiale, est pourtant lue comme une véritable acceptation ayant formé le contrat, mais contenant une offre de modifier le contrat. La seconde technique utilisée consiste à rechercher dans l'offre si elle ne contiendrait pas déjà une possibilité accordée à son destinataire d'en modifier les termes, de sorte que l'acceptation pourrait être considérée comme valable, l'offrant ayant accepté de se soumettre à ses termes. Ces palliatifs utilisés par les juges américains ne s'autorisent cependant que des circonstances particulières de la cause et leur application devra dès lors rester exceptionnelle, lorsque les faits soumis au juge permettent une telle lecture.

2. The additional terms are to be construed as proposals for additional to the contract. Between merchants such terms become part of the contract unless :

a) the offer expressly limits acceptance to the terms of the offer;

b) they materially alter it ; or

c) notification of objection to them has already been given or is given within a reasonable time after notice of them is received.

3. Conduct by both parties which recognizes the existence of a contract is sufficient to establish a contract for sale although the writings of the parties do not otherwise establish a contract. In such case the terms of the particular contract consist of those terms on which the writings of the parties agree, together with any supplementary terms incorporated under any other provisions of this Act.

Cette disposition appréhende en réalité deux hypothèses différentes. La première est celle où l'accord a été conclu oralement ou par une correspondance informelle et est suivie de l'envoi, par l'une des deux parties, d'un document écrit comprenant des termes additionnels qui n'ont pas fait l'objet de négociations entre les parties. La seconde situation est celle où une confirmation est adressée alors qu'elle contient des dispositions mineures divergentes ou des propositions nouvelles. Certains auteurs en ont déduit que l'U.C.C. "*in spite of its name is not a commercial Code and the described transactions are subject to its provisions event though the parties are not professionals*"⁵⁴⁷.

Nous renvoyons, au surplus, à l'analyse de cette disposition développée dans la partie relative au conflit des conditions générales⁵⁴⁸.

C. L'acceptation tardive

258.- Lorsque l'offrant a pris soin de préciser le délai dans lequel l'acceptation doit intervenir, le destinataire de l'offre est tenu de réagir dans ce délai, faute de quoi son acquiescement sera tardif et ne pourra former le contrat⁵⁴⁹. Il n'est sur ce point pas exigé de l'offrant qu'il informe ce dernier de ce que l'échéance est prochaine. L'offre deviendra

⁵⁴⁷ A. GOLDSTAJN, *o.c.*, p. 53-54, reprenant les termes de J. HONNOLD.

⁵⁴⁸ V. *infra*, Titre III, Chapitre I, n° 62 à 68.

⁵⁴⁹ FURMSTON, *o.c.*, p.62.

automatiquement caduque par la seule survenance du terme, dépouillant simultanément son destinataire de tout pouvoir formateur.

On enseigne également qu'à défaut de délai précisé, l'offrant doit laisser à l'autre partie un délai raisonnable pour prendre position. Celui-ci sera déterminé au regard des circonstances de l'espèce, et en particulier de la nature de l'objet de l'offre (denrées périssables ...), des fluctuations de prix touchant ledit objet, de la raison qui a justifié pour l'offrant l'émission d'une offre, ainsi que du mode de transmission qu'il a choisi pour l'envoi de sa proposition⁵⁵⁰.

En tout état de cause, toute acceptation expédiée (envoi postal) ou réceptionnée (autres hypothèses) après l'expiration du délai précisé par l'offrant ou, à défaut d'une telle fixation, d'un délai raisonnable, est impuissante à former le contrat. Elle est alors constitutive d'une nouvelle offre que le pollicitant originaire est libre d'accepter ou de refuser.

IV. Moment de la formation du contrat

A. Le principe

259.- L'offre, même révocable, a une portée juridique dans la mesure où lorsque l'acceptation la rencontre, le contrat se forme. La qualification de la proposition en offre n'est ainsi pas sans incidence puisqu'elle marque une étape décisive dans les pourparlers et informe son destinataire de ce que, par son acceptation, il se dote du pouvoir d'obliger le pollicitant à s'exécuter.

Reste à s'interroger sur le moment et le lieu de la formation du contrat⁵⁵¹.

260.- Traditionnellement, la théorie de l'expédition (*mailbox rule*)^{552 553} – selon laquelle le contrat se forme au moment où l'acceptant expédie son accord – régissait cette question en droit anglais. Cette solution était justifiée par le fait qu'à partir de ce moment, le destinataire

⁵⁵⁰ A. LEVASSEUR, *o.c.*, 1996, Paris, p. 24.

⁵⁵¹ V. en particulier, J.D. BECKER, "International Telex Contracts", *Journal of World Trade Law*, pp. 106 ; X, "Telex Contracts - A Comparative Study", *Intern. Financial Law Review*, may 1982, pp. 22-29 ; S. GARDNER, "Trashing with Trollope : A Deconstruction of the Postal Rules in Contracts", *Oxford Journal of Legal Studies*, 1992, pp. 170-194 ainsi que les références citées ci-dessous.

⁵⁵² ZWIEGERT et KÖTZ, *o.c.*, pp.362-363 ; G.H. TREITEL, *Law of Contract*, pp. 16-17 citant, notamment, l'arrêt *Hentorn v. Fraser* (1892) 2 Ch 27, 33 (note 62).

⁵⁵³ Rappelons que la défense de cette théorie était justifiée, outre par un souci de preuve, par la considération que, l'offrant étant admis à révoquer son offre jusqu'au moment de l'acceptation, il convenait de protéger son destinataire et de considérer le contrat formé au plus tôt.

de l'offre s'en dessaisissait et ne pouvait plus la récupérer. Le principe fut posé en termes clairs dans l'important arrêt *Adams v. Lindsell* de 1818⁵⁵⁴. Une rigueur extrême avait par ailleurs imprégné cette théorie lorsque, en 1879, dans un retentissant arrêt *Household Fire and Carriage Accident Insurance Co. v. Grant*⁵⁵⁵, la Cour d'appel a considéré qu'un contrat avait valablement été conclu entre les parties dès lors que l'acceptation avait été expédiée, et ce malgré le fait que l'offrant n'en avait jamais eu connaissance, ledit courrier d'acceptation s'étant perdu⁵⁵⁶.

261.- Les nombreuses critiques émises à l'encontre de cette règle ont justifié qu'y aient été adjoints des tempéraments importants.

Premièrement, les juges anglais s'autorisent volontiers à contrôler le caractère raisonnable, pour le destinataire de l'offre, d'accepter par voie postale⁵⁵⁷. Si l'acceptation par cette voie d'une proposition elle aussi adressée par la poste ne fait aucun doute, il n'en est pas toujours de même des offres adressées par un autre moyen de communication.

262.- Plus significatif dans sa portée, l'arrêt *Telex case*⁵⁵⁸ permet quant à lui désormais de confiner la *mailbox rule* dans un champ d'application limité aux seuls contrats conclus par voie postale. Dans cette affaire, une firme anglaise avait adressé une offre à une firme hollandaise qui lui avait envoyé, par télex, son acceptation. Un litige survient et se pose la question du lieu et du moment de la conclusion du contrat. Le juge saisi considéra que le contrat avait été conclu en Angleterre - lieu de la réception du télex -, et non en Hollande comme l'aurait imposé la *mailbox rule*.

Cette jurisprudence, qui a notamment été ensuite confirmée dans l'arrêt *Holwell Securities Ltd. V. Hughes* de 1974⁵⁵⁹ et présente le mérite de s'aligner sur la solution admise par la plupart des pays européens, ne fait aujourd'hui plus de doute. Les auteurs admettent en outre

⁵⁵⁴ CHESHIRE, FIFOOT et FURMSTON, *Law of Contract*, pp. 53-54 ; S. GARDNER, *o.c.*, 1992, pp. 170-172.

⁵⁵⁵ *Household Fire and Carriage Accident Insurance Co. v. Grant* (1879) 4 Ex. D. 216. La rigueur de cette règle fait qu'aujourd'hui elle n'est plus nécessairement reçue. V. sur ce point G.H. TREITEL, *Law of contract*, pp. 18-19 ; CHESHIRE, FIFOOT et FURMSTON, *Law of Contract*, pp.54-55.

⁵⁵⁶ Cette position fut ensuite confirmée dans l'arrêt *Byrne v. Van Tienhoven* de 1880. V. sur ce point CHESHIRE, FIFOOT et FURMSTON, *Law of Contract*, p. 54.

⁵⁵⁷ G.H. TREITEL, *Law of contract*, pp. 17-18.

⁵⁵⁸ *Entores Ltd. V. Miles Far East Corporation* (1955) 2 Q.B. 327 cité par R. DAVID et D. PUGSLEY, *o.c.*, p.85. V. G.H. TREITEL, *Law of Contract*, pp. 18 : "*The contract is complete although the acceptance is delayed or wholly lost through an accident in the post. A letter is posted when it is in the control of the Post Office, or of one of its employees authorised to receive letters : handing a letter to a postman authorized to deliver letters is not posting*".

⁵⁵⁹ *Holwell Securities Ltd. V. Hughes* (1974) 1 WLR 155 cité par R. DAVID et D. PUGSLEY, *o.c.*, p.86.

qu'elle encadre sans distinction l'ensemble des contrats conclus verbalement, par téléphone, télex, voire par fax⁵⁶⁰. On devrait également en toute logique y ajouter aujourd'hui les hypothèses de communication par e-mail.

263.- Le maintien de la théorie de l'expédition aux contrats conclus par voie postale laisse entière la question de savoir si l'acceptant est autorisé, une fois son acceptation déposée à la poste, à révoquer celle-ci par un mode de communication tel que la révocation parviendrait à l'offrant avant la réception de l'acceptation. Une application rigoureuse de la *mailbox rule* dicterait logiquement qu'un tel retrait est inopérant dans la mesure où il postérieur à la conclusion du contrat⁵⁶¹. Une fois l'acceptation expédiée, ni l'offrant ni l'acceptant ne seraient dès lors admis à se rétracter. D'un autre côté, un souhait d'apporter aux litiges une solution pragmatique justifierait de reconnaître effet à la révocation ainsi intervenue. Aucune juridiction anglaise n'a, à notre connaissance, tranché cette question. Une décision irlandaise, rendue en 1830, l'affaire *Dunmore (Countess) v. Alexander*⁵⁶² a certes légitimé le retrait ainsi opéré. Mais la portée de cette décision reste trouble⁵⁶³ et n'autorise pas d'y puiser une solution de principe.

B. Le droit américain

264.- Quant à la détermination du moment de la conclusion du contrat, le § 2-204, alinéa 2 de l'U.C.C. témoigne clairement du pragmatisme américain, et de son souci d'appréhender concrètement la rencontre des volontés. Selon cette disposition, en effet, "*an agreement sufficient to constitute a contract for sale may be found even though the moment of its making is undetermined*"⁵⁶⁴.

Cette précision, intéressante, implique en effet que le moment de la formation de la convention, ou plutôt l'impossibilité de sa détermination, n'est pas de nature à empêcher la reconnaissance de la réalité contractuelle. Seule importe sur ce point la volonté des parties de s'engager et, ainsi, de considérer le contrat comme conclu.

⁵⁶⁰ SCHMITTHOFF, *SCHMITTHOFF's Export Trade, The Law and Practice of International Trade*, 9^{ème} édition, Londres, Stevens & Sons, 1990, p. 93 ; CHESHIRE, FIFOOT et FURMSTON, *Law of Contract*, p.55.

⁵⁶¹ CHESHIRE, FIFOOT et FURMSTON, *Law of Contract*, p.55.

⁵⁶² *Dunmore (Countess) v. Alexander* (1830) 9 Sh (Ct of Sess) 190.

⁵⁶³ V. CHESHIRE, FIFOOT et FURMSTON, *Law of Contract*, p.55.

⁵⁶⁴ V. également les Commentaires de cette disposition selon lesquels il se peut, dans certaines circonstances, que l'on ne puisse "*disclose the exact point at which the deal was closed*" alors que "*the actions of the parties indicate that a binding obligation has been undertaken*" (U.C.C. 2-204, *Comment*)

265.- Il reste que cette consécration, aussi originale soit elle, ne dispense pas de devoir, dans certaines circonstances, rechercher quand exactement le contrat a été conclu. Et sur ce point, seules les règles du droit commun permettront de dégager une solution. Le contrat conclu par correspondance sera ainsi considéré comme né au moment de l'expédition de l'acceptation par le destinataire de l'offre⁵⁶⁵.

La règle est notamment confirmée expressément par le § 63 du *Restatement (Second) of Contract* selon lequel "*unless the offer provide otherwise, (a) an acceptance made in a manner and by a medium invited by an offer is operative and completes the manifestation of mutual assent as soon as put out of the offeree's possession, without regard to whether it ever reaches the offeror ; but (b) an acceptance under an option contract is not operative until received by the offeror*".

⁵⁶⁵ A. LEVASSEUR, *o.c.*, 1996, p. 31 ; E.A. FARNSWORTH, *United States Contract Law*, 1991, p. 78.