

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

**Un régime harmonieux de la formation des
contrats – Réexamen critique.**

par
Marcel FONTAINE

Doc. 2001/22

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

UN REGIME HARMONISE DE LA FORMATION DES CONTRATS – REEXAMEN CRITIQUE

par

Marcel FONTAINE

Professeur à la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain
Directeur du Centre de droit des obligations

1. De nombreux travaux sont en cours tendant à l'harmonisation du droit des contrats.

Plusieurs initiatives ont déjà abouti, aux premiers rangs desquelles on citera la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises, les Principes relatifs aux contrats du commerce international d'Unidroit et les Principes de droit européen des contrats. Ces textes n'ont pas la même portée. La Convention de Vienne est un texte à pleine valeur normative dans les rapports entre les pays où elle est applicable, mais son objet est limitée au contrat de vente. Les deux autres codifications concernent tout type de contrat, mais elles relèvent de la *soft law*. Les Principes d'Unidroit ont une portée universelle, tandis que Principes de droit européen ont été conçus pour les pays de l'Union européenne.

2. Le présent ouvrage n'aborde pas la discussion relative aux mérites d'une harmonisation du droit des contrats, et aux modalités qu'elle est susceptible de prendre. L'hypothèse de départ est assumée de l'élaboration d'un régime de la formation des contrats qui serait commun aux pays de l'Union européenne, que ce régime ressortisse à la *hard law* ou à la *soft law*. Ce régime prendrait toutefois la forme d'une codification, méthode retenue par tous les efforts contemporains comparables.

L'objectif est d'apporter une contribution à ce projet, en jetant un regard critique sur les meilleurs modèles déjà présents. Ce réexamen s'alimente à plusieurs sources : l'analyse comparative des solutions nationales de plusieurs systèmes juridiques significatifs, les enseignements de la pratique contractuelle, les développements originaux introduits par certaines réglementations spécifiques protectrices du consommateur (souvent au départ de directives européennes), les problèmes liés à la conclusion de contrats par voie électronique, les regards critiques portés sur les règles de droit par les travaux interdisciplinaires des écoles droit et économie, droit et psychologie. Le sujet a certes déjà fait l'objet de très nombreuses études comparatives, souvent excellentes¹, mais l'examen des différents systèmes nationaux gagne à être repris sous les nouveaux éclairages qui viennent d'être énumérés.

¹ Cf. spécialement *Formation of Contracts – A Study of the Common Core of Legal Systems*, dir. R.B. SCHLESINGER, New York et Londres, 1968 ; K. ZWEIGERT et H. KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law*, 3^{ème} éd., 1998, pp. 356-364.

3. Les différentes conclusions auxquelles le présent ouvrage aboutit, les réflexions et les propositions qu'il formule, ont pour ambition de contribuer à la mise au point d'un régime harmonisé de la formation des contrats mieux adapté aux besoins des opérateurs et au bon fonctionnement du marché unique en ce début de XXIème siècle.

Nous n'avons pas choisi de proposer nous-mêmes une nouvelle codification. Il nous a paru plus efficace de formuler une série de commentaires et de suggestions à partir des réalisations actuelles les plus pertinentes, les trois modèles déjà cités. Nous rappellerons d'abord l'essentiel de leurs contenus respectifs concernant la formation des contrats (Chapitre Ier). Nous aborderons ensuite les principales questions révélées par le présent travail où de nouvelles réflexions devraient à notre avis s'engager en vue d'améliorer ou de compléter les solutions déjà proposées par ces modèles (Chapitre II).

CHAPITRE I. LES TROIS MODELES DE DROIT UNIFORME DISPONIBLES

4. La Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises, les Principes relatifs aux contrats du commerce international d'Unidroit et les Principes de droit européen des contrats contiennent chacun un ensemble de dispositions relatives à la formation des contrats.

Ces textes sont remarquables. Ils sont le fruit de travaux approfondis, ayant impliqué des spécialistes bien avertis des différentes solutions du droit comparé; ils tentent souvent de réaliser des compromis difficiles. Ils présentent bien des similitudes. Le texte de Vienne, le premier en date, a servi d'inspiration, parfois littérale, aux deux autres; ceux-ci, cependant, comportent plusieurs dispositions originales importantes.

SECTION 1. LA CONVENTION DE VIENNE SUR LA VENTE INTERNATIONALE DE MARCHANDISES

5. La Convention de Vienne consacre sa deuxième partie à la formation du contrat (art. 14-24). Ces dispositions traitent essentiellement de l'offre et de l'acceptation : notion d'offre, prise d'effet, révocabilité et irrévocabilité, caducité, notion d'acceptation, prise d'effet, acceptation modalisée, délai pour accepter, acceptation tardive, rétractation de l'acceptation, moment de la conclusion du contrat.

SECTION 2. LES PRINCIPES D'UNIDROIT RELATIFS AUX CONTRATS DU COMMERCE INTERNATIONAL

6. Les Principes d'Unidroit traitent de la formation des contrats dans leur Chapitre 2 (art. 2.1-2.22). On y trouve un régime de l'offre et de l'acceptation largement inspiré des dispositions de la Convention de Vienne, mais aussi plusieurs innovations intéressantes. Les Principes traitent ainsi de la reconnaissance d'un mode alternatif de conclusion du contrat (art. 2.1), ainsi que de la conduite pendant les négociations (art. 2.15). En outre, plusieurs textes rencontrent des pratiques contractuelles fréquentes : confirmations, contrats subordonnés à un accord sur certaines questions, clauses à déterminer ultérieurement, devoir de confidentialité, clauses d'intégralité, clauses relatives à la modification par écrit et clauses-types. Une disposition régit même les clauses « inhabituelles » (art. 2.20).

SECTION 3. LES PRINCIPES DE DROIT EUROPEEN DES CONTRATS

7. Les Principes de droit européen régissent la formation des contrats dans le chapitre 2. Comme dans les Principes d'Unidroit, les dispositions sur l'offre et l'acceptation trouvent leur inspiration initiale dans les dispositions correspondantes de la Convention de Vienne, mais elles sont accompagnées d'un ensemble d'autres règles plus novatrices. Un contrat peut se former autrement que par la rencontre d'une offre et d'une acceptation (art. 2.211). Les Principes de droit européen envisagent également la conduite pendant les négociations (art. 2.301), ainsi que diverses questions rencontrant la pratique contractuelle.

Toutes ces dispositions des trois instruments ont été largement commentées dans l'étude de C. DELFORGE².

SECTION 4. PLAN

8. Dans quelle mesure ces trois réglementations récentes du processus de formation des contrats sont-elles susceptibles de fournir les bases d'un droit européen harmonisé ? Quelles réflexions critiques ces textes appellent-ils à la lumière des différentes études contenues dans le présent ouvrage ?

Tels seront les thèmes du prochain chapitre.

Une première section rappellera au préalable l'intérêt d'une méthode d'analyse non encore évoquée, l'approche interdisciplinaire droit-économie.

La seconde section, consacrée à la formation des contrats *de lege ferenda*, débouchera sur des propositions relatives au régime juridique harmonisé de la négociation et de la conclusion des contrats, tout en tenant compte du souci de protéger la partie faible.

² Cf. C. DELFORGE, *supra*, Titre II, Chapitre II.

CHAPITRE II. EXAMEN CRITIQUE ET PROPOSITIONS

9. Avant d'aborder la synthèse critique des recherches présentées dans cet ouvrage, nous voudrions évoquer brièvement certains des enseignements que proposent les réflexions interdisciplinaires droit-économie quant au régime juridique de la formation des contrats. Cet autre courant de la pensée contemporaine mérite certainement d'être pris en considération *de lege ferenda*.

SECTION 1. APPORTS DE L'ANALYSE DROIT-ECONOMIE

10. L'analyse économique du droit des contrats connaît actuellement un grand développement. Elle est l'une des branches le plus dynamiques du mouvement *Law and Economics*, qui se propose de soumettre la règle de droit à une appréciation économique. L'approche est bien connue; elle ne sera introduite que très brièvement.

I. Le mouvement *Law and Economics*

11. L'origine de l'approche *Law and Economics* est essentiellement américaine. On lui donne souvent comme point de départ l'article de Coase sur le « coût social », publié en 1960 dans le *Journal of Law and Economics*³. L'article a marqué, mais on notera que sa publication s'inscrit dans un numéro de la troisième année déjà d'une revue consacrée à cette approche interdisciplinaire.

D'autres étapes importantes jalonnent les débuts du mouvement. La célèbre étude de Calabresi sur les « coûts des accidents »⁴ a inspiré d'importantes réformes du système d'indemnisation des victimes de la route (les systèmes dits « *no fault* ». La première grande systématisation a été l'œuvre de Posner, avec son fondamental ouvrage *Economic Analysis of Law* (1^{ère} édition : 1972)⁵. Le mouvement a rapidement connu un vaste développement : multiplication d'études, d'ouvrages, introduction d'enseignements dans les Facultés de droit américaines, parmi lesquelles l'« Ecole de Chicago » joue un rôle de premier plan. A côté du *Journal of Law and Economics* apparaissent bientôt le *Journal of Legal Studies*, puis le *Journal of Law, Economics and Organization*.

Le courant essaime à l'étranger, surtout dans les pays anglophones. En Europe continentale, son degré de pénétration est variable selon les pays.

12. L'objectif est d'analyser les règles de droit sous l'angle de l'efficacité économique, et de proposer de meilleures règles dans cette perspective. L'approche interdisciplinaire droit-économie répond certes à une très ancienne tradition dans certaines branches du droit où sa nécessité s'impose de toute évidence, comme le droit de la concurrence. Mais le mouvement *Law and Economics* généralise l'approche à tous les secteurs juridiques, du droit pénal à la procédure civile, en passant par le droit des contrats et celui de la responsabilité délictuelle.

³ R.H. COASE, The Problem of Social Cost, 3 *Journ. of Law & Econ.* (1960), pp. 1-44.

⁴ G. CALABRESI, *The Costs of Accidents*, New Haven, 1970.

⁵ R.A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, 3^{ème} éd., Boston et Toonto, 1986.

D'intéressantes réflexions sont notamment menées à propos du régime juridique de la formation des contrats. Ils méritent de figurer parmi les facteurs à prendre en considération *de lege ferenda*.

13. Cependant, le succès engendre la contestation. Des réserves, voire des oppositions se manifestent à l'égard du mouvement *Law and Economics*, même aux Etats-Unis⁶. Les juristes de *civil law* émettent également de fréquentes réticences, pour trois raisons principales. Le mouvement resterait trop marqué par ses origines américaines ; les analyses sont peut-être pertinentes en *common law*, mais elles ne sont pas transposables telles quelles en *civil law*. Les auteurs sont souvent des économistes qui n'ont du droit qu'une connaissance superficielle, les conduisant à raisonner à partir de prémisses simplistes, voire inexactes. L'approche droit-économie est imprégnée d'une philosophie éminemment matérialiste, axée sur la recherche de l'efficacité (un « *mercantilisme glacé* », écrit D. Tallon⁷). Notre droit privilégie souvent d'autres valeurs.

14. On ajoutera que le « mouvement *Law and Economics* » n'est pas un ensemble monolithique. C'est un grand nombre d'auteurs qui explorent des terrains nouveaux et qui tentent chacun d'y construire les analyses économiques qu'ils jugent appropriées. Bien que certaines constructions ou certains exemples tendent à devenir classiques, les mêmes thèmes sont souvent traités de manière fort différente selon les sources. Les « raisonnements » économiques sont souvent problématiques, dans la mesure où la recherche de la voie la plus efficace peut conduire à des conclusions contradictoires selon les critères privilégiés.

15. En dépit de ces réserves, la remise en cause de la règle juridique par l'analyse droit-économie conserve un très grand intérêt comme instrument de travail. A condition d'adapter les réflexions à une vision correcte du système juridique examiné, et de garder à l'esprit la portée réductrice des objectifs proposés, l'approche proposée apporte des éléments d'appréciation utiles au législateur.

II. L'approche *Law and Economics* et le phénomène contractuel

16. Le mouvement *Law and Economics* considère le contrat comme une institution essentielle de la vie économique. Le contraire serait surprenant. Librement négocié, le contrat maximise les utilités individuelles et sociales, en déplaçant les ressources vers les usages les plus productifs.

Le droit contribue à ces effets bénéfiques en conférant valeur contraignante au contrat.

⁶ Cf. par exemple H.S. RICHARDSON, *The Stupidity of the Cost-Benefit Standard*, 29 *Journ. of Leg. Studies* (2000), pp. 971-1003 ; M.C. NUSSBAUM, *The Costs of Tragedy : Some Moral Limits of Cost-Benefit Analysis*, *ibid.*, pp. 1005-1036.

⁷ D. TALLON, *L'évolution des idées en matière de contrat : survol comparatif*, *Droits*, n° 12, 1990, p. 87.

La force obligatoire du contrat se justifie par le souci d'éviter ce que les analystes appellent le « *hold up* », à savoir la crainte que le partenaire s'empare de votre prestation sans en fournir la contrepartie promise.

Par la même occasion, la force obligatoire du contrat stimule les investissements utiles. Elle donne en effet la sécurité aux opérations qui ne se dénouent pas instantanément, mais sont inscrites dans le temps. Elle fait obstacle aux comportements opportunistes (« *opportunistic behavior* ») au détriment du cocontractant, qui consisteraient à ne plus respecter un engagement s'avérant moins profitable le moment venu⁸.

III. Apports de l'approche *Law and Economics* au régime juridique de la formation des contrats

Les analyses économiques du droit comportent plusieurs développements intéressants relatifs au régime juridique de la formation.

A. Rupture des négociations

17. Le phénomène des négociations a fait l'objet de quelques analyses approfondies⁹. Comment répartir la charge des différents coûts susceptibles de résulter d'une négociation non aboutie¹⁰ afin d'assurer les objectifs d'efficacité souhaitables, de manière à inciter les négociateurs à adopter les comportements qui aboutiront à la meilleure allocation des ressources ?

18. L'une des études les plus élaborées est celle de WILS¹¹, et nous en dégagerons les grandes lignes à titre d'exemple caractéristique.

Au critère d'efficacité, cet auteur ajoute celui de l'équité, l'*unfairness* étant définie comme la situation où une partie subit une perte dont elle n'avait pas accepté le risque, alors que l'autre partie aurait pu éviter que cette perte survienne ou qu'elle soit supportée par la première partie.

WILS analyse les types de dépenses susceptibles d'être engagées dans l'espoir d'une issue positive. Ces dépenses peuvent résulter d'une "action stratégique" (tout comportement destiné à modifier en sa faveur le résultat de la négociation), de mesures préparatoires

⁸ Cf. R.A. POSNER, *op. cit.*, pp. 80-85.

⁹ Cf. notamment G.R. SHELL, *Opportunism and Trust in the Negotiation of Commercial Contracts : Towards a New Cause of Action*, 44 *Vanderb. Law Rev.* (1991), pp. 221-282 ; W.P.J. WILS, *Who Should Bear the Costs of Failed Negotiations ? A Functional Inquiry into Precontractual Liability*, 4 *Journ. des Econ. et des Etudes Hum.*, 1993, pp. 93-134 ; G. DE GEEST, *Economische analyse van het contracten- en quasi-contractenrecht*, Maklu, 1994, pp. 131-144.

¹⁰ D'autres questions se posent à propos de certains comportements survenus lors de la négociation lorsque le contrat a été conclu, comme celle du régime à donner aux manœuvres frauduleuses (*dol*) ayant déterminé le consentement. Cf. à ce sujet R.A. POSNER, *op. cit.*, pp. 96-105.

¹¹ W.P.J. WILS, *op. cit.*

anticipant la conclusion du contrat ("*reliance*"), voire même dans un début d'exécution¹². L'étude, très systématique, intègre le facteur "information" : dans quelle mesure celle-ci est-elle symétrique, ou inégalement répartie, dans l'un ou l'autre sens, entre la partie qui prend une décision (engager une dépense, conclure ou rompre) et son partenaire ?

Un grand nombre d'hypothèses sont examinées et analysées dans la perspective de la solution optimale. En voici un exemple caractéristique, directement axé sur le choix du régime juridique à appliquer à la rupture des négociations¹³.

Une partie veut exposer des frais préparatoires dans la perspective d'une issue heureuse de la négociation. Ces frais s'élèvent à 15, et ils pourraient conduire à accroître de 40 la valeur de l'opération. Le bénéfice global serait réparti par moitié entre parties. Toutefois, les chances de succès des pourparlers ne sont que de 10 %. En cas d'échec, les frais en cause laisseraient une valeur résiduelle de 10.

En pareil cas, il serait peu efficace d'engager de tels frais. Le bénéfice global escompté ne serait que de $(0,1 \times 40) + (0,9 \times 10) = 11 < 15$. Le bénéfice pour la partie qui exposerait les dépenses ne serait que de $(0,1 \times 0,5 \times 40) + (0,9 \times 10) = 11 < 15$.

Une règle de droit qui imposerait à l'autre partie de prendre en charge ces frais de "*reliance*" en cas d'échec de la négociation aurait pour effet nocif d'inciter le partenaire à engager de tels frais même s'ils risquaient d'être inefficaces. Elle lui donnerait une sorte d'assurance contre la rupture des négociations. Une telle règle pervertirait le processus de rupture : dans des cas où il apparaîtrait clairement que l'intérêt commun serait de mettre fin aux pourparlers à l'amiable, chacune des parties tenterait d'amener l'autre à prendre l'initiative de la rupture, de manière à récupérer ses frais. "*The result is likely to be a whole lot of wasteful activities of mutual avoidance and blaming, and dragging of the negotiations*"¹⁴.

WILS ne conclut cependant pas dans le sens d'un total laissez-faire juridique. Son critère de "*fairness*" le conduit à prendre en considération les situations où des frais ont été engagés à la suite d'une apparence trompeuse provoquée par l'autre partie. Cette apparence est appréciée de manière objective, sans exigence de la preuve d'une quelconque mauvaise foi; elle peut résulter du recours à certains documents préparatoires (tels que lettres d'intention ou autres documents analogues), rédigés de manière à provoquer de fausses attentes. En pareils cas, le droit peut imposer une responsabilité, et obliger à l'indemnisation des frais exposés. En outre, WILS préconise la restitution des avantages reçus en cours de négociation, de manière notamment à encourager certains cas d'exécution anticipée. Mais l'auteur est opposé à tout principe qui sanctionnerait de manière plus générale la rupture des négociations¹⁵.

¹² Il n'est en effet pas rare que les parties conviennent d'entamer l'exécution du contrat avant qu'il ne soit conclu, lorsque les négociations ont atteint un stade avancé (cf. M. FONTAINE, *Droit des contrats internationaux*, Paris, 1989, pp. 29-30).

¹³ W.P.J. WILS, *op. cit.*, pp. 102-103.

¹⁴ *Ibid.*, p. 103.

¹⁵ *Ibid.*, pp. 118-121.

19. L'article de WILS est l'un de plus élaborés, mais il ne suffit évidemment pas à rendre compte de l'ensemble des réflexions portées par les économistes sur la négociation des contrats¹⁶. Notre seule intention était de donner un exemple caractéristique de l'apport de l'analyse droit-économie à l'évaluation du régime juridique des négociations.

B. Devoir d'information

20. L'approche économique s'intéresse également de près aux obligations que le droit peut imposer de transférer des informations. Le thème est important dans le cadre des négociations, où s'est développée toute une problématique de l'obligation pré-contractuelle de renseignement, voire de conseil¹⁷.

Il s'agit d'un thème sensible pour les économistes, car il touche à l'une des conditions du bon fonctionnement du marché, la transparence. Si le problème central de l'économie est celui des choix à opérer entre des ressources rares, l'information joue un rôle crucial car elle est essentielle à la rationalité des choix.

L'information est par ailleurs un bien en soi, dont l'acquisition peut représenter un investissement coûteux en études et en recherches. Le souci est dès lors affirmé de protéger l'information, et de permettre à son détenteur de la valoriser à son avantage. Une application bien connue est celle de la protection des inventions par le droit des brevets. En droit des contrats, l'idée est avancée qu'en présence d'une répartition asymétrique des connaissances (l'un sait, l'autre ignore), il est contre-indiqué d'imposer une obligation à la partie compétente si l'on ne veut pas décourager les investissements en acquisition des connaissances.

Une autre considération peut, dans certains cas, apporter un correctif. L'efficacité économique est la plus grande lorsque sont réunies sur une même tête la maîtrise d'une ressource et la possession des informations utiles à exploiter cette ressource au moindre coût.

Nous nous bornons à ces quelques réflexions introductives, en renvoyant aux études approfondies que le sujet inspire régulièrement¹⁸. Les auteurs introduisent une série de distinctions entre les différents types d'informations selon leur provenance. Ils admettent que certaines informations puissent devoir être transférées, mais des réticences s'expriment lorsqu'il s'agit de données obtenues à la suite d'investissements coûteux, qu'il ne convient pas de décourager.

C. Détermination des éléments du futur contrat

¹⁶ On renverra notamment aux autres références citées *supra*, note 9.

¹⁷ Cf. notamment à ce sujet B. DE CONINCK, L'obligation d'information du consommateur dans la formation du contrat, *Ann. Dr. Louvain*, 1997, pp. 239-295.

¹⁸ Cf. notamment A.T. KRONMAN, Mistake, Disclosure, Information and the Law of Contracts, 7 *Journ. of Leg. Studies* (1978), pp. 1-34 ; R. COOTER et Th. ULEN, *Law and Economics*, 2^{ème} éd., 1996, pp. 245-250.

21. Un contrat ne joue pleinement son rôle que si les parties ont tout prévu, notamment toutes les circonstances qui pourraient venir perturber l'exécution. Or ce n'est guère possible. Les parties ne peuvent penser à tout. Il n'est d'ailleurs pas concevable de prolonger exagérément les négociations, sous peine d'augmenter les coûts de la conclusion du contrat (les « *transaction costs* »). C'est ici que les tribunaux ont un rôle important à jouer, en comblant les lacunes par l'interprétation du contrat et la reconnaissance de clauses implicites (« *implied terms* »). Il est plus économique d'abandonner aux tribunaux la détermination de tel aspect particulier des rapports contractuels, quand et si le problème se pose, que de négocier tout contrat dans ses moindres détails. Le tribunal sera guidé par la recherche de ce que les parties auraient sans doute prévu si ce point avait été négocié, c'est-à-dire la solution la plus économiquement efficace¹⁹.

22. Cette présentation reflète un environnement de *common law*. Le problème des lacunes du contrat apparaît sous un jour assez différent dans les systèmes de *civil law*.

Dans les pays de droit civil, le tribunal recherche également la volonté des parties aux fins d'interprétation, mais la reconstitution de cette volonté privilégie moins le critère objectif de l'efficacité économique. D'autre part, le principe de l'exécution de bonne foi, qui joue un rôle grandissant dans le comblement des lacunes, est souvent guidé dans son application par des considérations d'équité (cf. l'article 1135 du Code civil français et belge) et de protection de la partie faible, fort éloignées des considérations d'efficacité économique.

En outre, en *civil law*, le problème des lacunes doit être mis en rapport avec la présence d'un important droit supplétif codifié. C'est ce dernier qui joue en première ligne le rôle de comblement des lacunes, et non les tribunaux. L'existence d'une codification de la plupart des contrats usuels dispense les parties de tout prévoir et de tout négocier. La réflexion faite plus haut à propos du rôle des tribunaux connaît une transposition intéressante à notre droit supplétif, dont on mesure le rôle capital dans l'économie de coûts de transaction.

Peut-on ajouter qu'un tel système de droit écrit s'avère économiquement moins coûteux ? Un texte de loi connu d'avance, s'il est bien rédigé, apporte plus de sécurité que l'anticipation de la décision d'un tribunal. Les parties jugeront moins souvent nécessaire de négocier une solution sur mesure s'il existe un texte acceptable que si elles devaient s'en remettre à une jurisprudence quelque peu aléatoire.

D. La portée juridique de l'offre de contracter

23. Les analyses de C. DELFORGE ont montré les divergences que révèle le droit comparé quant au caractère révocable ou irrévocable d'une offre de contracter²⁰.

24. Le mouvement *Law and Economics* s'intéresse au problème, mais il pose au départ une question plus fondamentale : ne devrait-on pas réserver la force obligatoire aux

¹⁹ Cf. L. KAPLOW et S. SHAVELL, *Economic Analysis of Law*, NBER Working Paper Series, 1999, <http://www.nber.org/papers/w6960>, pp. 33-34.

²⁰ Cf. C. DELFORGE, *supra*, Titre II.

contrats conclus sur base d'un échange simultané de consentements ? Pareille force obligatoire ne devrait-elle pas être déniée au contrat lorsque les échanges de consentement sont décalés dans le temps ?

L'idée est que le contrat ne maximise sûrement les utilités réciproques que si le consentement est simultané. Mon voisin a de belles roses dans son jardin. Je lui offre d'en acheter 20 pour 200 frs. L'opération est mutuellement profitable si elle se réalise immédiatement : je me propose d'offrir ces roses à mon amie, ce dont je retirerai une satisfaction d'une valeur supérieure à 200 frs. ; quant à mon voisin, la culture de ces 20 roses ne lui a certainement pas coûté autant. Toutefois, mon voisin n'accepte que deux semaines plus tard, quand les roses sont fanées. Le profit mutuel est alors certainement perdu, car je ne saurai plus que faire de ces roses.

La simultanéité de l'offre et de l'acceptation assure au mieux la réalité d'un intérêt commun : la transaction se réalise au moment même du jugement de valeur porté par chacun²¹.

Il est cependant difficile, dans l'économie contemporaine où le crédit joue un tel rôle, de maintenir que seuls les contrats à exécution immédiate et simultanée devraient recevoir force obligatoire. Les analyses économiques du droit admettent malgré tout que les consentements soient souvent décalés dans le temps, malgré le risque que l'intérêt à l'opération ne se maintienne pas au même niveau pour l'offrant. Le problème est alors reporté au niveau de l'offre : est-il opportun de la rendre irrévocable ?

25. Deux principaux arguments sont invoqués en faveur de l'irrévocabilité. Ici également, nous choisissons un exemple caractéristique pour les présenter²², en renvoyant pour le surplus à d'autres études de base²³.

Supposons qu'un marchand de meubles liégeois fasse à la télévision une offre d'un salon à un prix avantageux et qu'un amateur gantois soit intéressé.

L'irrévocabilité de l'offre met à charge de l'offrant les coûts résultant de la confiance qu'il a inspirée, s'il devait la décevoir (« *reliance costs* »). Supposons que le Gantois loue une camionnette pour aller acheter le salon à Liège, et que le marchand lui annonce à son arrivée qu'il ne maintient pas son offre. Si l'offre est juridiquement irrévocable, le Liégeois devra supporter le coût du voyage inutile, « internalisant » ainsi les coûts de la confiance mal placée. La solution est économiquement favorable, car elle incite le destinataire de l'offre à engager de tels « *reliance costs* ».

Un autre avantage de l'irrévocabilité est qu'elle permet d'éviter une forme de « *hold up* ». L'amateur gantois arrive à Liège, cette fois pour s'entendre dire que le mobilier offert pour 100.000 frs. coûte désormais 115.000 frs. Or le Gantois est venu à Liège parce que le

²¹ Cf. G. DE GEEST, *op. cit.*, pp. 147-148.

²² Tiré de *ibid.*, pp. 148-151.

²³ Cf. notamment A. KATZ, The Strategic Structure of Offer and Acceptance : Game Theory and the Law of Contract Formation, 89 *Mich. Law Rev.* (1990), pp. 215-295 ; R. CRASWELL, Offer, Acceptance and Efficient Reliance, 48 *Stanford Law Rev.* (1996), pp. 481-553 ; A. KATZ, When Should an Offer Stick ? The Economics of Promissory Estoppel in Preliminary Negotiations, 105 *Yale Law Journ.* (1996), pp. 1249-1309.

même mobilier coûte 120.000 frs. à Gand et qu'il a pu louer la camionnette pour 10.000 frs. Si l'offre était juridiquement révocable, le Gantois achèterait malgré tout à Liège ... Donner à l'offre un caractère contraignant fait obstacle à de tels comportements opportunistes.

26. Les développements qui précèdent ne susciteront sans doute pas de vive réaction dans le chef des juristes dont le système national retient l'irrévocabilité de l'offre : l'analyse droit-économie cherche à persuader des vertus d'une solution déjà consacrée.

Les justifications traditionnellement données par les juristes eux-mêmes ne sont d'ailleurs pas exemptes de considérations économiques. Citons ZWEIGERT et KÖTZ, à propos du droit allemand, pour lequel l'offre est irrévocable : « ... *the German system is superior. Experience shows that its results are practical and equitable ; the offerree can act with assurance in the knowledge that his acceptance will bring about a contract. It also makes sense to put the risk of any changes in supplies and prices on the offeror : it is he who takes the initiative ... , so it must be for him to exclude or limit the binding nature of his offer, failing which it is only fair to hold him bound* »²⁴. On aura cependant noté au passage deux références à l'équité (« *equitable* », « *fair* »), caractéristiques de la répugnance de la *civil law* à ne se fonder que sur des critères d'efficacité.

SECTION 2. LA FORMATION DES CONTRATS *DE LEGE FERENDA*

27. La Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises, les Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international et les Principes de droit européen des contrats fournissent trois modèles récents de réglementations du processus de formation des contrats. Dans quelle mesure ces modèles sont-ils susceptibles de fournir les bases d'un droit européen harmonisé ? Quelles réflexions critiques ces textes appellent-ils à la lumière des différentes études contenues dans le présent ouvrage ?

Nous examinerons successivement les problèmes liés à la négociation du contrat (I), à sa conclusion (II) et au souci de protéger la partie faible (III).

I. Négociation du contrat

28. Une codification européenne du droit des contrats devrait comprendre une ou plusieurs dispositions sur la phase des négociations. Telle est en tout cas l'orientation qu'ont prise les deux codifications-modèles les plus récentes, à savoir les Principes d'Unidroit (cf. en premier lieu l'article 2.15) et les Principes de droit européen des contrats (cf. en premier lieu l'article 2:301). Des textes analogues existaient déjà dans certaines législations nationales, comme le *Codice civile* italien (art. 1337).

²⁴ K. ZWEIGERT et H. KÖTZ, *op. cit.*, p. 363..

Les textes des deux codifications de Principes s'expriment en des termes analogues. Ils commencent par affirmer le principe de la liberté dans la négociation; le défaut d'arriver à un accord n'entraîne pas en soi de responsabilité. Toutefois, celui qui, dans la conduite ou la rupture des négociations, agit de mauvaise foi (Unidroit), ou contrairement aux exigences de la bonne foi (PECL), doit réparer le préjudice qu'il cause à l'autre partie. Mérite notamment un tel jugement la partie qui entame ou poursuit des négociations sans intention de parvenir à un accord.

Ces textes, ainsi que leurs commentaires, ont été analysés par B. DE CONINCK²⁵. Leur bien-fondé se justifie sur plusieurs plans (A). Toutefois, ces textes appellent des améliorations (B).

A. Pour une responsabilité pré-contractuelle

29. Il est fréquent d'opposer les philosophies antagonistes qu'adopteraient respectivement *common law* et *civil law* en ce qui concerne le régime juridique des négociations pré-contractuelles. La première serait hostile à toute contrainte, les partenaires jouissant de la plus grande liberté de comportement quant à la conduite et à la rupture des pourparlers. Les pays de droit civil, par contre, tout en reconnaissant une liberté de principe, assortissent celle-ci de limites et considèrent que certains comportements jugés fautifs sont susceptibles d'engendrer des responsabilités pré-contractuelles.

30. L'étude de B. DE CONINCK s'attache à démontrer à quel point pareil jugement comparatif manquerait de nuances. Tant en Angleterre qu'aux Etats-Unis, des évolutions se sont produites conduisant à la reconnaissance de sanctions à certains comportements des négociateurs : *promissory estoppel*, *unjust enrichment*, *law of torts*, notamment, fournissent des armes aux partenaires déçus²⁶. Une harmonisation sur des bases apportant des limites à la liberté de négocier ne serait pas de nature à susciter l'opposition irréductible des *common lawyers*. En témoigne le fait qu'au contraire de la Convention de Vienne, tant les Principes d'Unidroit que les Principes de droit européen, élaborés avec le concours actif de juristes anglais (et américains en ce qui concerne Unidroit), contiennent des dispositions en ce sens.

L'approche économique du droit conforte également pareille option. L'étude de WILS, analysée plus haut, dénonce les effets pervers, sur le plan de l'efficacité, de règles qui, de manière générale, mettraient à charge de l'auteur de la rupture les frais engagés par l'autre partie à la négociation manquée (option dans laquelle aucun système juridique ne s'est jamais engagé). Mais WILS préconise d'imposer pareille responsabilité dans le cas où l'engagement de ces débours aurait été causé par l'apparence trompeuse créée par le partenaire. Economiquement, d'après cet auteur, il est rationnel d'imposer une responsabilité contractuelle dans une telle hypothèse²⁷.

32. Une telle solution est-elle conforme aux enseignements de l'approche psychologique de la règle de droit ? S. MICHAUX a montré comment les négociateurs pouvaient se sentir

²⁵ Cf. B. DE CONINCK, *supra*, Titre I, Chapitre IV.

²⁶ Cf. *supra*, Titre I, Chapitre III.

²⁷ Cf. *supra*, ce Chapitre, n° 18.

de plus en plus "engagés" avec les progrès des pourparlers. Engagement envers eux-mêmes, en premier lieu, en raison de la difficulté croissante de revenir sur les prises de position antérieures (allant à la limite jusqu'au "*piège abscons*"). Engagement envers le partenaire, compte tenu du caractère valorisant attaché au respect de la parole donnée. En outre, la théorie des jeux paraît démontrer qu'un jeu coopératif (où les joueurs savent qu'un accord conclu sera respecté) aboutit à un résultat global plus satisfaisant qu'un jeu non coopératif²⁸.

Une règle juridique apportant certaines limites à la liberté de rompre ne se présente donc pas en porte-à-faux par rapport aux perceptions psychologiques des intéressés. Combien de fois n'entend-on d'ailleurs pas les praticiens évoquer un "*point de non-retour*", ce moment où les deux parties en viennent à ressentir intimement que le contrat sera conclu - même s'il ne l'est pas encore selon les règles de droit applicables - et qu'il n'est plus question de se désengager ?

33. Une disposition affirmant la liberté de principe des négociateurs, mais sanctionnant certains comportements lors de la conduite ou de la rupture des pourparlers, trouve donc des justifications complémentaires à plusieurs niveaux.

B. Difficultés à résoudre

34. L'article 2.15 des Principes d'Unidroit et l'article 2.301 des Principes de droit européen des contrats représentent par conséquent des modèles à suivre. Toutefois, ces textes laissent subsister plusieurs difficultés, qu'une harmonisation du droit européen des contrats devrait tenter de résoudre.

1. Bonne foi objective ou subjective

35. Les Principes d'Unidroit sanctionnent les comportements de mauvaise foi, tandis que les Principes de droit européen stigmatisent les attitudes contraires aux exigences de la bonne foi. N'y a-t-il qu'une différence de présentation ?

B. DE CONINCK a mis l'accent sur l'ambiguïté de l'expression « *bonne foi* », qu'une référence à la « *mauvaise foi* » contribue à alimenter. La bonne foi doit-elle être comprise dans le sens subjectif de l'expression (état d'esprit ou d'honnêteté de l'acteur), ou dans le sens objectif (par référence à une norme de comportement) ? Dans les Principes d'Unidroit, le rapprochement nécessaire des articles 2.15 (mauvaise foi dans la négociation) et 1.7 (obligation générale de se conformer aux exigences de la bonne foi dans le commerce international), ainsi que la lecture du commentaire de l'article 2.15 et de certaines des illustrations données, laissent apparaître bien des incertitudes quant au sens à retenir. Les Principes de droit européen posent également, dans leur article 1.201, une exigence générale de comportement de bonne foi (sans référence au commerce international, compte tenu du champ d'application plus large de ces Principes) ; le commentaire expose que les deux éléments de l'expression anglaise « *good faith and fair dealing* » se réfèrent respectivement à des concepts subjectif et objectif, tandis que l'expression française correspondante, « *bonne foi* », couvre à la fois les deux aspects.

²⁸ Cf. S. MICHAUX, *supra*, Titre VI, Chapitre II, n° 50-57, 81-84.

Quant au commentaire de l'article 2.301 (négociations contraires à la bonne foi), il reprend des illustrations similaires à celles des Principes d'Unidroit²⁹.

36. Il s'agit d'un point sensible. Autant la notion de « bonne foi » est-elle largement accueillie dans les systèmes de *civil law*, autant fait-elle l'objet de réserves auprès de bien des *common lawyers*, en dépit d'évolutions récentes, particulièrement en droit américain. Mais c'est principalement le concept subjectif qui provoque ces réactions hostiles. La notion objective, détachée de connotations morales, emporte plus facilement l'adhésion. En toute hypothèse, l'harmonisation souhaitée ne peut laisser d'ambiguïté sur le sens à donner à un standard aussi important – sous peine de créer bien des malentendus et de déboucher sur des interprétations divergentes.

2. Critères d'indemnisation

37. Tant les Principes d'Unidroit que les Principes de droit européen rendent l'auteur d'un manquement à la bonne foi dans les négociations responsable du préjudice causé à l'autre partie. Mais comment réparer ce dommage ? Les commentaires d'Unidroit se réfèrent en premier lieu aux dommages-intérêts négatifs (dépenses encourues lors de la négociation, éventuellement chance perdue de contracter avec un tiers) ; l'intérêt positif (profits qui auraient été retirés du contrat s'il avait été conclu) ne peut « généralement » pas être recouvré. Les commentaires des Principes de droit européen sont plus nets, écartant explicitement la possibilité pour la partie lésée d'être mise dans la situation qui aurait été la sienne si le contrat avait été conclu.

38. L'octroi de dommages-intérêts négatifs nous paraît le remède adéquat à la rupture abusive d'une négociation qui ne devait pas nécessairement aboutir. La solution est notamment retenue par le droit allemand³⁰. B. DE CONINCK développe toutefois des arguments intéressants tendant à accueillir l'indemnisation de l'intérêt positif en pareille circonstance³¹. Les Principes d'Unidroit, dans les commentaires, entrouvrent la porte (mais que signifie « généralement » ?). On sait par ailleurs que cette distinction entre dommages-intérêts positifs et négatifs reste ignorée dans certains systèmes juridiques, tels que le droit français et le droit belge, au prix d'un manque de rigueur évident dans le calcul des indemnités³².

Un droit harmonisé des contrats peut faire un choix ou donner des solutions nuancées, mais l'essentiel est de lever les ambiguïtés. Les textes eux-mêmes, dans les « *black letters* », devraient préciser ce qu'il faut entendre par « réparer le préjudice ».

3. Incidence des documents pré-contractuels

40. Toute négociation d'une certaine ampleur est jalonnée de documents pré-contractuels aux dénominations variées (lettre d'intention, accord de principe, protocole, *memorandum*

²⁹ Cf. B. DE CONINCK, *supra*, Titre I, Chapitre IV.

³⁰ Cf. B. DE CONINCK, *supra*, Titre I, Chapitre II, n° 68-70.

³¹ Cf. B. DE CONINCK, *supra*, Titre I, Chapitre I, n° 24-27 ; Chapitre V, n° 226..

³² Cf. *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles – Etudes de droit comparé*, dir. M. FONTAINE et G. VINEY, Bruxelles et Paris, 2001, pp. 1074-1076.

of understanding, etc...), signés par les deux parties (une pratique fréquente est que l'une des parties envoie ce document à l'autre sous forme de lettre, invitant son partenaire à lui renvoyer le double signé en cas d'accord). La prise de conscience du phénomène est relativement récente, et le régime juridique de ces documents reste largement incertain.

Aucune généralisation n'est d'ailleurs possible, ces instruments ayant des contenus fort différents, notamment selon le stade plus ou moins avancé des négociations auquel ils interviennent.

Certains organisent la négociation elle-même (accords sur les lieux et dates des réunions, la ou les langues de travail, la composition des délégations, la prise en charge des frais, la confidentialité des informations échangées, etc...); ils revêtent un caractère contractuel incontestable.

D'autres enregistrent les étapes successives de l'élaboration du contrat en cours de négociation : intentions initiales d'engager des négociations, formulation des objectifs poursuivis et des principes devant inspirer la convention future, établissement de la liste des points à négocier, enregistrement progressif des points déjà acquis, accord pour déjà engager une phase de l'exécution du contrat avant même que la négociation ne soit achevée, etc..., jusqu'aux documents ultimes qui conduisent au contrat définitif. C'est la valeur juridique de cette seconde catégorie d'instruments qui est la plus délicate à apprécier : documents sans la moindre portée contraignante, ou susceptibles de contribuer à l'appréciation d'une atteinte à la bonne foi en cas de rupture, voire entraînant déjà des obligations juridiques (par exemple, de ne pas remettre en cause un point acté comme acquis)³³ ?

41. L'étude de B. DE CONINCK a montré que les différents systèmes juridiques apportaient certaines réponses ; l'appréciation des comportements au cours de la négociation se pose en termes différents selon qu'il existe ou non de tels accords pré-contractuels³⁴.

42. Les Principes d'Unidroit et les Principes de droit européen, cependant, ne rencontrent le phénomène que de manière négative, à propos des clauses d'intégralité (Unidroit, art. 2.17 ; PECL, art. 2.105). De telles clauses, inscrites dans le contrat une fois conclu, écartent notamment toute possibilité de référence aux accords antérieurs. Mais les deux jeux de Principes ne prennent position ni sur la portée des documents pré-contractuels pendant la négociation elle-même, ni dans le cas de rupture.

Aucun exemple de codification ne semble d'ailleurs exister, et la tâche est délicate, compte tenu de la très grande variété de ces documents. Leur extrême importance dans la pratique justifierait cependant que lors de l'élaboration d'un droit européen des contrats, il soit tenté de dégager quelques principes. Les développements intervenus dans la jurisprudence de

³³ Sur les lettres d'intention, cf. notamment M. FONTAINE, *Droit des contrats internationaux*, op. cit., pp. 5-54 ; R.B. LAKE et U. DRAETTA, *Letters of Intent and Other Precontractual Documents*, Londres, 1989.

³⁴ Cf. B. DE CONINCK, *supra*, Titre I, Chapitre I, n° 29-45 ; Chapitre II, n° 71-73 ; Chapitre III, n° 128-132.

nombreux pays, qui ont été évoqués par B. DE CONINCK³⁵, pourraient servir de point de départ aux travaux.

4. Confidentialité, obligation de renseignement

Certains comportements en cours de négociation peuvent faire l'objet d'exigences spécifiques.

43. L'engagement de confidentialité relatif à certaines informations communiquées en fournit un premier exemple. Une telle obligation, on l'a dit, est souvent formulée de manière expresse dans les documents pré-contractuels. En l'absence d'une telle stipulation, l'obligation peut découler des exigences de la bonne foi. Tant les Principes d'Unidroit (art. 2.16) que les Principes de droit européen (art. 2.302) la consacrent expressément. Une telle règle est sans doute souhaitable.

44. Plus délicats sont les problèmes liés aux obligations de renseignement (voire de conseil) de plus en plus reconnues dans le chef des parties à la négociation, en particulier des professionnels. On a vu que l'approche économique du droit s'exprime souvent de manière critique à propos de telles obligations³⁶. Le développement du commerce électronique donne à la question des dimensions nouvelles, sur lesquelles on reviendra³⁷.

II. Conclusion du contrat

45. Le processus par lequel un contrat se forme appelle évidemment son régime dans une codification européenne harmonisée.

L'approche devenue classique est de considérer qu'un contrat se forme par l'acceptation d'une offre. La Convention de Vienne y consacre des dispositions détaillées (art. 14 - 24), qui ont largement inspiré les dispositions correspondantes tant des Principes d'Unidroit (art. 2.1 - 2.22) que des Principes de droit européen (art. 2.201 - 2.211). Le Code Napoléon de 1804 ne connaissait pas encore cette problématique, mais elle est bien présente dans d'autres grandes codifications ultérieures, telles que le *B.G.B.* (§§ 145-153), le *Codice civile* italien (art. 1326-1330) ou le *N.B.W.* néerlandais (livre 6, art. 217-225).

Il est remarquable de constater que cette analyse du processus de formation est également accueillie en *common law*. Le droit anglais se réfère aux notions d'*offer* et d'*acceptance*. Il en va de même en droit américain (cf. les §§ 2-205 et 2-206 du *Uniform Commercial Code*).

C. DELFORGE a minutieusement analysé et comparé les régimes donnés aux notions d'offre et d'acceptation et au processus de leur rencontre dans plusieurs systèmes nationaux, ainsi que dans les trois instruments de droit uniforme³⁸. Nous formulerons

³⁵ *Ibid.*

³⁶ Cf. *supra*, ce Chapitre, n° 20.

³⁷ Cf. *infra*, ce Chapitre, n° 97.

³⁸ Cf. C. DELFORGE, *supra*, Titre II, Chapitres I et II.

quelques réflexions de synthèse sur cette approche, et sur les questions que les récentes tentatives d'harmonisation n'ont entièrement résolues (A).

46. Depuis un certain nombre d'années, des voix s'élèvent cependant pour contester la pertinence universelle de l'approche classique offre/acceptation. Dans bien des cas, il semble que des contrats se forment sans résulter de la succession d'une offre et d'une acceptation. Cette remise en cause a déjà inspiré certaines dispositions du *Uniform Commercial Code* américain³⁹, ainsi que des Principes d'Unidroit et des Principes de droit européen. C. DELFORGE y consacre d'importants développements. Nous ne manquerons pas d'y revenir (B).

A. Un régime harmonisé du processus offre/acceptation

47. Les trois instruments de droit uniforme abordent de manière comparable les questions relatives au processus de conclusion d'un contrat par la rencontre d'une offre et d'une acceptation. L'offre est définie, avant de traiter de sa rétractation, de sa révocabilité et de son rejet. L'acceptation est à son tour définie, puis il est question de sa forme, du délai dans lequel elle doit intervenir, de l'acceptation tardive et de l'acceptation modalisée, de la rétractation et de la modification de l'acceptation.

L'étude de C. DELFORGE a mis en évidence un certain nombre de lacunes ou de difficultés⁴⁰. D'autres réflexions critiques sont formulées par M. DEMOULIN et E. MONTERO à propos de la formation des contrats dans le commerce électronique⁴¹ et par S. MICHAUX dans son développement de l'approche psychologique du droit⁴². Nous avons également pris en considération l'analyse interdisciplinaire droit-économie⁴³.

Ce brassement d'idées débouche sur une série de réflexions appelant un réexamen de certaines des solutions proposées. Nous en retiendrons quelques-unes, regroupées sous quatre rubriques : la notion d'offre, la force obligatoire de l'offre, les contrats « entre absents » et les conflits de conditions générales⁴⁴.

1. Notion d'offre

48. Selon l'article 2.201 des Principes de droit européen des contrats,

« ... Une proposition constitue une offre lorsque

³⁹ *Ibid.*, Chapitre IV.

⁴⁰ *Ibid.*, Chapitre II.

⁴¹ Cf. M. DEMOULIN et E. MONTERO, *supra*, Titre V, Chapitre III.

⁴² Cf. S. MICHAUX, *supra*, Titre VI, Chapitre II, n° 58-60.

⁴³ Cf. *supra*, ce Chapitre, n° 23-26.

⁴⁴ Un autre aspect de la remise en cause du processus classique de formation du contrat est étudié par L. VANDENHOUTEN dans son étude sur le délai de réflexion et le droit de repentir. Il en sera question *infra*, à propos des aspects liés à la protection de la partie faible (cf. *infra*, n° 82-87 et 94).

(a) elle indique la volonté d'aboutir à un contrat en cas d'acceptation
(b) et renferme des conditions suffisamment précises pour qu'un contrat soit formé ... »

C. DELFORGE a analysé cette disposition, qu'elle a comparée aux dispositions similaires de la Convention de Vienne (art. 14) et des Principes d'Unidroit (art. 2.2), et située par rapport aux perceptions de plusieurs droits nationaux⁴⁵. Nous mettrons deux questions en évidence.

- Une proposition « précise et complète »

49. La question la plus fondamentale est sans doute de savoir dans quelle mesure une proposition doit être précise et complète en vue de constituer une offre. L'interrogation est d'importance, car elle a des prolongements au niveau du contenu de l'acceptation, ainsi que de la validité d'un contrat dont tous les éléments ne seraient pas déterminés. On connaît les controverses que suscite la confrontation des articles 14 et 55 de la Convention de Vienne. De manière plus générale se pose la question de savoir sur quels éléments au minimum un accord doit se former pour qu'un contrat soit conclu. Le développement du commerce électronique multiplie les situations où la divergence des droits nationaux risque de poser problème⁴⁶.

50. « *Des conditions suffisamment précises* », énoncent les Principes de droit européen. L'exigence d'une précision suffisante apparaît également dans la Convention de Vienne et dans les Principes d'Unidroit. Mais qu'entend-on par « *suffisant* » ? De ces trois instruments, seule la Convention de Vienne apporte une indication complémentaire dans le texte : « *Une proposition est suffisamment précise lorsqu'elle désigne les marchandises et, expressément ou implicitement, fixe la quantité et le prix ou donne des indications permettant de les déterminer* »⁴⁷.

51. Les analyses de C. DELFORGE ont montré l'omniprésence du problème dans les différents systèmes juridiques étudiés⁴⁸. Une distinction se dégage, au-delà de terminologies variables, entre les éléments essentiels (éléments nécessaires du contrat projeté), substantiels (éléments « essentialisés » par la volonté des parties) et accessoires (les autres éléments). Il nous semble qu'un effort devrait être consenti, dans l'élaboration de textes européens harmonisés, pour donner plus de ... précision à l'expression « *suffisamment précise* », par référence à cette triple distinction si largement accueillie⁴⁹.

52. Quant à la solution à retenir, plus ou moins exigeante quant à l'étendue requise des éléments sur lesquels un accord doit se faire pour que le contrat soit valablement conclu, elle est en partie liée à la remise en cause de l'approche traditionnelle offre/acceptation dont on reparlera ci-dessous. La conception plus ou moins extensive qui serait retenue du

⁴⁵ Cf. C. DELFORGE, *supra*, Titre II, Chapitre II, n° 121-125 ; Chapitre III, n° 14-44.

⁴⁶ Cf. M. DEMOULIN et E. MONTERO, *supra*, Titre V, Chapitre III, n° 89.

⁴⁷ Les Principes d'Unidroit apportent quelques explications dans les Commentaires, tandis que les Principes de droit européen restent silencieux.

⁴⁸ Cf. C. DELFORGE, *supra*, Titre II, Chapitre III, n° 29-32, 40-41.

⁴⁹ Sur l'approche correspondante en *common law*, cf. *ibid.*, Chapitre III, n° 30.

contenu nécessaire de l'offre et de l'objet de l'accord devra se concilier avec toute ouverture qui serait faite à d'autres modes de formation du contrat. Il serait vain de se montrer très exigeant d'une part, tout en ouvrant largement la porte de la voie alternative.

Le lien sera fait avec certains aspects de l'analyse économique du droit évoqués plus haut⁵⁰. Exiger que les contrats soient très exhaustifs (ou, en amont, que l'offre soit pleinement détaillée) comporte des coûts, que peuvent éviter la reconnaissance d'*implied terms* par la jurisprudence, ou la mise en place d'une législation supplétive. Cette constatation a une incidence évidente sur le niveau d'exigence souhaitable du contenu de l'offre. Celle-ci pourra se dispenser d'explicitier des éléments déjà reconnus comme *implied terms* ou consacrés par le droit supplétif.

- Offre au public

54. Une autre facette de la notion d'offre appelant quelques réflexions complémentaires est la question de savoir si une proposition faite au public peut revêtir la qualification d'« offre », à condition de répondre aux autres conditions. Les Principes de droit européen se prononcent explicitement pour l'affirmative (art. 2.201, 2°), alors que la question divise les droits nationaux⁵¹. L'objection souvent tirée du risque d'épuisement du stock peut être résolue par la voie de la « réserve implicite », solution retenue par certains droits nationaux comme par les Principes de droit européen (art. 2.201, 3°).

54. Sur ce point en particulier, les divergences actuelles engendrent une grande insécurité dans le commerce électronique, où les « offres » au public abondent. Selon la qualification juridique qu'elles appellent, le processus dynamique de formation du contrat peut connaître différents déroulements⁵².

2. Force obligatoire de l'offre

55. Partout, l'émission d'une offre produit des effets juridiques, puisqu'elle expose à la conclusion du contrat en cas d'acceptation. Toutefois, une divergence importante sépare les systèmes juridiques : pendant son délai de validité, une offre peut-elle être révoquée par son auteur, ou au contraire, ce dernier s'oblige-t-il à la maintenir ?

56. Les recherches comparatives de C. DELFORGE ont mis en évidence la diversité des solutions⁵³. Le clivage, ici, n'oppose pas *civil law* et *common law*. Ainsi, alors que l'offre est irrévocable en droits allemand et belge, elle est en principe révocable en droit français ; alors que l'offre est normalement révocable en *common law*, des doctrines comme celle du *promissory estoppel* font parfois obstacle à la révocation, principalement en droit américain.

57. Les instruments de droit uniforme ont retenu des solutions de compromis. Ainsi, la Convention de Vienne pose-t-elle apparemment en principe qu'une offre peut être révoquée

⁵⁰ Cf. ce Chapitre, *supra*, n° 21-22.

⁵¹ Cf. C. DELFORGE, *supra*, Titre II, Chapitre III, n° 33-38.

⁵² Cf. M. DEMOULIN et E. MONTERO, *supra*, Titre V, Chapitre III, n° 89.

⁵³ Cf. C. DELFORGE, *supra*, Titre II, Chapitre III, n° 66-70.

tant que le contrat n'est pas conclu (à condition que la révocation parvienne au destinataire avant que celui-ci ait expédié une acceptation). Toutefois, une offre ne peut être révoquée :

« a) si elle indique, en fixant un délai déterminé pour l'acceptation, ou autrement, qu'elle est irrévocable ; ou

b) s'il était raisonnable pour le destinataire de considérer l'offre comme irrévocable et s'il a agi en conséquence » (art. 16)

Tant les Principes d'Unidroit (art. 2.4) que les Principes de droit européen (art. 2.202) contiennent des dispositions comparables.

Ces textes ont été maintes fois commentés et comparés, en dernier lieu ci-dessus par C. DELFORGE⁵⁴.

58. Une observation principale se dégage : les exceptions sont telles qu'en pratique, elles devraient le plus souvent l'emporter sur le principe. Entre les tenants de la révocabilité et ceux de l'irrévocabilité, le compromis permet à chacun de trouver motifs de satisfaction ; l'impression se dégage cependant que pour les premiers, il s'agit plutôt de sauver la face.

La prééminence effective des cas d'irrévocabilité de l'offre ne correspond pas seulement à la solution clairement retenue par une partie des systèmes juridiques ; elle répond également aux évolutions constatées dans d'autres systèmes, au départ favorables à la révocabilité⁵⁵.

59. La solution trouve des justifications dans l'analyse économique. Au-delà des considérations quelque peu simplistes de certains auteurs préconisant de n'accorder le caractère contraignant qu'aux contrats résultant d'un échange simultané de consentements, des études plus réalistes dont nous avons rendu compte reconnaissent deux avantages à l'irrévocabilité : la solution met à charge de l'offrant les coûts liés à la confiance (« *reliance* ») qu'il a créée ; elle empêche certains comportements opportunistes⁵⁶. Nous ajouterons que l'irrévocabilité accorde au destinataire de l'offre une période de sécurité lui permettant d'étudier la proposition qui lui est faite et de prendre une décision réfléchie.

60. L'approche psychologique dégage également des éléments favorables à la solution de l'irrévocabilité. S. MICHAUX a montré comment l'émission d'une offre, acte librement posé, comporte pour son auteur une haute teneur en engagement. L'offrant ne peut, sans se désavouer, revenir sur son offre. Il ne s'agit pas tant qu'un sentiment d'obligation envers le destinataire de l'offre que d'une nécessité d'auto-justification. Chacun souhaite donner à autrui « *l'image de quelqu'un de cohérent* »⁵⁷. Si l'on admet l'hypothèse qu'une règle de droit est plus efficace lorsqu'elle correspond aux attentes psychologiques du justiciable, l'irrévocabilité de l'offre surprendra moins les offrants que la règle inverse.

⁵⁴ Cf. C. DELFORGE, *supra*, Titre II, Chapitre II, n° 34-38, 84-89, 127-131.

⁵⁵ Cf. par exemple C. DELFORGE, *ibid.*, Chapitre I, n° 73 (France) et n° 237-241 (Etats-Unis). En *common law*, un rapprochement s'impose avec les évolutions constatées en matière de responsabilité pré-contractuelle (cf. ce Chapitre, *supra*, n° 30 ; B. DE CONINCK, *supra*, Titre I, Chapitre IV).

⁵⁶ Cf. ce Chapitre, *supra*, n° 25.

⁵⁷ Cf. S. MICHAUX, *supra*, Titre VI, Chapitre II, n° 58-61.

61. Ces quelques réflexions devraient conduire à un réexamen des solutions retenues par les textes de droit uniforme. Tant les Principes d'Unidroit que les Principes de droit européen ont cru bien faire de ne pas s'écarter sensiblement du compromis laborieux adopté à Vienne en 1980. Le caractère trompeur des textes (les exceptions ont plus d'importance que le principe), les évolutions en cours dans certains des pays initialement favorables à la révocabilité, les arguments apportés par les analyses économiques et psychologiques du droit, constituent autant d'éléments qui invitent à la réouverture du débat.

3. Contrats « entre absents »

62. A quel moment un contrat se forme-t-il lorsque offre et acceptation se rencontrent à distance ? Cette question est généralement résolue sur base de la théorie de la réception, bien que certains systèmes juridiques retiennent des solutions différentes ou plus nuancées. Les instruments de droit uniforme apportent leurs propres réponses (Convention de Vienne, art. 18, 2° et 3° ; Principes d'Unidroit, art. 2.6, 2° et 3° ; Principes de droit européen, art. 2-205)⁵⁸.

• Pratique de la confirmation

63. Il est cependant significatif de constater, écrit C. DELFORGE, « *que souvent, les documents pré-contractuels ne s'embarrassent guère des quatre théories précédemment évoquées [émission, expédition, réception, information], mais s'alignent sur une cinquième voie, que l'on pourrait qualifier de théorie de la confirmation* »⁵⁹. En effet, de très nombreuses conditions générales stipulent que le contrat n'est conclu qu'après confirmation écrite. Cette attitude des praticiens mérite d'être prise en considération. Les Principes d'Unidroit évoquent certes les lettres de confirmation, mais seulement pour traiter des cas où elles contiennent des éléments complémentaires et différents (art. 2.12) ; il en est de même des Principes de droit européen (art. 2.210). Une réflexion plus large devrait s'ouvrir sur la pratique de subordonner la conclusion du contrat à la confirmation d'une partie. Au binôme offre/acceptation ne faut-il pas substituer dans certains cas le processus en trois étapes offre/acceptation/confirmation ?

64. Il ne s'agit pas seulement de réserver à une pratique fréquente une reconnaissance éventuelle dans la codification. Il s'avère parfois souhaitable de rendre la confirmation nécessaire à la conclusion du contrat, à des fins de sécurité juridique.

Ainsi, la directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique prévoit-elle que « *le prestataire doit accuser réception de la commande ... sans délai injustifié et par voie électronique* » (art. 11). M. DEMOULIN et E. MONTERO ont cependant montré l'ambiguïté de cette disposition. La tentative de réglementer dans la directive le processus de formation du contrat par voie électronique ayant échoué, le texte adopté laisse dans l'ombre la qualification tant de la « *commande* » que de l'« *accusé de réception* », compte tenu des analyses divergentes données à l'« *offre* » au public⁶⁰. L'accusé de réception

⁵⁸ Cf. C. DELFORGE, *supra*, Titre II, Chapitre III, n° 110-127.

⁵⁹ *Ibid.*, n° 125.

⁶⁰ Cf. *supra*, ce Chapitre, n° 53-54.

requis pourra donc constituer soit l'acceptation elle-même, soit une étape postérieure à celle-ci – mais avec quelle portée quant à la conclusion du contrat ?

65. Une harmonisation du droit européen des contrats ne peut laisser dans l'ombre le recours à la confirmation, tellement fréquent dans la pratique, et souhaitable dans le contexte du commerce électronique⁶¹. Il serait évidemment nécessaire de dépasser la formulation peu satisfaisante de la directive du 8 juin 2000.

- Moment et lieu de la conclusion : difficultés

66. Quant au moment et au lieu de la formation du contrat, les solutions traditionnelles apportées par les théories du contrat entre absents connaissent des difficultés d'application dans le commerce électronique, que M. DEMOULIN et E. MONTERO ont mises en évidence⁶². La directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique prévoit que « *la commande et l'accusé de réception sont considérés comme étant reçus lorsque les parties auxquelles ils sont adressés peuvent y avoir accès* » (art. 11). Ce sera sans doute le moment où le message parvient au serveur du destinataire. Mais le lieu de formation du contrat est-il le serveur de l'offrant ? Ou l'endroit d'où l'offrant consulte ce serveur (ce qui pourrait être n'importe où sur le globe) ? Ces questions et d'autres conduisent M. DEMOULIN et E. MONTERO à se demander si les théories du contrat entre absents sont bien adaptées à l'environnement numérique, où les communications se réalisent de manière quasi instantanée⁶³.

Ces problèmes nouveaux suscités par le commerce électronique appellent sans doute un réexamen des solutions retenues par les instruments de droit uniforme.

4. Conflits de conditions générales

67. L'analyse faite par C. DELFORGE de l'irritant problème du *battle of forms*, à travers les solutions données dans les droits nationaux et les instruments de droit uniforme, débouche sur la constatation que la pratique des affaires s'ajuste difficilement aux règles strictes gouvernant de façon traditionnelle la formation des contrats. Le processus ne se réduit pas à « *une approche purement séquentielle et chronologique* »⁶⁴. Cette conclusion contribue à la remise en cause plus fondamentale dont il va être question.

B. Remise en cause de la pertinence de l'approche offre/acceptation

⁶¹ L'approche psychologique s'intéresse également à la portée d'une exigence de confirmation ; dans l'attente de la confirmation éventuelle, cette exigence diminue le sentiment d'engagement. On en reparlera ci-dessous, à propos du délai de réflexion et du droit de repentir (cf. *infra*, ce Chapitre, n° 94).

⁶² Cf. M. DEMOULIN et E. MONTERO, *supra*, Titre V, Chapitre III, n° 96-108.

⁶³ *Ibid.*, n° 104-108.

⁶⁴ Cf. C. DELFORGE, *supra*, Titre II, Chapitre III, n° 123.

68. L'analyse du processus de formation du contrat en termes de rencontre d'une offre et d'une acceptation bénéficie d'un accueil quasi-universel dans les différents systèmes juridiques, qu'ils appartiennent à la *common law* ou à la *civil law*. L'approche est néanmoins remise en cause.

1. Existence de processus aux étapes plus nombreuses

69. En premier lieu, la pratique connaît souvent des processus plus complexes. Il a déjà été question de la pratique de la « confirmation »⁶⁵. Dans le commerce électronique, des procédures beaucoup plus élaborées se développent. Loin du piège souvent dénoncé du consentement par simple « clic », l'introduction d'une commande par un contractant potentiel passe en général par « un itinéraire soigneusement découpé en étapes, chaque passage à l'étape ultérieure étant conditionné par son approbation, exprimée par un clic sur l'icône appropriée. A chaque instant, s'il le désire, il a la possibilité d'interrompre la procédure et de revenir en arrière, sans conclure le contrat »⁶⁶. Le consentement se forme ainsi par étapes successives. M. DEMOULIN et E. MONTERO ont également décrit la procédure du « double » et parfois du « triple clic » requis au moment d'exprimer l'accord définitif⁶⁷. Dans un tel contexte, que la commande soit analysée comme une « offre » ou comme une « acceptation », chacune de ces deux notions cesse de représenter une étape ponctuelle, mais devient elle-même un processus !

2. Modes de formation sans offre ni acceptation

70. Une autre remise en cause est plus fondamentale. Dans bien des situations concrètes, des contrats sont conclus sans qu'il soit possible d'identifier les deux moments critiques que devraient être l'offre et l'acceptation dans la suite des événements.

La négociation est longue et complexe. Elle comporte un échange de propositions et de contre-propositions, mais c'est ensemble que les parties construisent progressivement le contrat. A un certain moment, elles « se sentent » liées, sans que cela corresponde à une quelconque « acceptation » d'une quelconque « offre ». Le contrat commence à être exécuté alors que nulle trace n'est apparente des deux étapes du processus classique.

Le phénomène a été décrit par C. DELFORGE⁶⁸. Il incite certains à considérer que l'approche offre/acceptation ne serait plus pertinente. Pareille généralisation nous paraîtrait abusive, car il subsiste de nombreuses situations où cette manière d'analyser le processus continue à s'avérer praticable et efficace. Toutefois, il est bien exact qu'une autre analyse de la formation du contrat doit être disponible pour rencontrer les situations alternatives⁶⁹.

⁶⁵ Cf. *supra*, ce Chapitre, n° 63-65.

⁶⁶ Cf. M. DEMOULIN et E. MONTERO, *supra*, Titre V, Chapitre III, n° 72.

⁶⁷ *Ibid.*, n° 91.

⁶⁸ Cf. C. DELFORGE, *supra*, Titre II, Chapitre IV.

⁶⁹ L'un des mérites de l'étude de C. DELFORGE est d'avoir mis en lumière les malentendus que la notion de « *punctatio* » suscite souvent dans les études comparatives (cf. *supra*, Titre II, Chapitre IV, n° 155-174).

71. Les études de C. DELFORGE ont commenté les intéressantes orientations prises à cet égard par le *Uniform Commercial Code* (§ 2-204), les Principes d'Unidroit et les Principes de droit européen. Pour ces derniers, par exemple,

« *Quand bien même le processus de conclusion d'un contrat ne pourrait s'analyser en une offre et une acceptation, les règles de la présente section [« Offre et acceptation »] s'appliquent, avec les adaptations nécessaires* » (art. 2.211).

Quant aux Principes d'Unidroit, ils prévoient que

« *Le contrat se conclut soit par l'acceptation d'une offre soit par un comportement des parties qui indique suffisamment leur accord* » (art.2.1).

72. Ces avancées sont excellentes, car elles rencontrent les insuffisances de l'approche classique offre/acceptation. Toutefois, la difficulté est d'aménager le régime applicable à la solution alternative. Quelles sont les « *adaptations nécessaires* » évoquées par les Principes de droit européen ? Quand le comportement des parties indique-t-il « *suffisamment* » leur accord ? On peut admettre qu'il n'est pas nécessaire de savoir à quel moment précis un contrat est conclu pour considérer qu'il l'est et en tirer toutes les conséquences, mais encore fait-il connaître les critères permettant de porter ce jugement.

C. DELFORGE a souligné les difficultés de déterminer de tels critères, au point de préconiser de s'en remettre à l'appréciation du juge. Ce dernier serait appelé à conclure à la formation du contrat à un moment où ne persisterait aucun doute quant à la rencontre des volontés, en tenant compte de toutes les circonstances d'espèce⁷⁰.

73. Sur le plan de l'approche psychologique, nous avons déjà évoqué le sentiment des praticiens d'avoir à un certain stade des négociations atteint le « *point de non-retour* », où ils « *savent* » que le contrat sera conclu⁷¹. De ce sentiment à celui d'être définitivement lié, il n'y a qu'un pas. Pareille perception de la naissance du lien contractuel n'est pas conditionnée par l'analyse juridique, souvent bien étrangère aux compétences des négociateurs. Une recherche psychologique sur la naissance d'un sentiment réciproque d'engagement pourrait contribuer à la détermination du moment de conclusion du contrat en pareilles circonstances.

74. L'importance de cette approche alternative du processus de formation des contrats appelle à notre avis de plus amples réflexions *de lege ferenda*, au-delà des textes déjà novateurs du *Uniform Commercial Code* et des deux ensemble de Principes. Il ne suffit pas d'admettre qu'un contrat peut être conclu sans qu'il soit possible d'identifier la rencontre d'une offre et d'une acceptation. Le régime alternatif mérite d'être réfléchi de manière plus élaborée, en tenant compte notamment de l'approche psychologique, même si ce régime doit beaucoup abandonner à l'appréciation du juge⁷².

⁷⁰ Cf. C. DELFORGE, *supra*, Titre II, Chapitre IV, n° 147-151.

⁷¹ Cf. *supra*, ce Chapitre, n° 32.

⁷² Une autre réflexion devrait s'engager sur la conclusion automatique de contrats par des agents électroniques intelligents (Cf. M. DEMOULIN et E. MONTERO, *supra*, Titre V, Chapitre I, n° 9). Pareil phénomène remet en cause non seulement le processus de formation du contrat, mais aussi les notions mêmes d'offre et d'acceptation, à supposer que ces étapes soient identifiables en pareil cas.

III. Souci de protéger la partie faible

75. L'économie de marché repose sur quelques bases juridiques fondamentales, telles que le droit de propriété, les règles de responsabilité et le droit des contrats, instruments essentiels d'organisation des échanges. Les principes qui gouvernent les contrats favorisent leur utilisation : la liberté contractuelle est indispensable pour permettre aux opérateurs de transférer biens et services, le consensualisme lève tout obstacle formel à la conclusion des contrats, le principe de la convention-loi apporte la sécurité quant à la réalisation des accords valablement formés.

76. Le marché n'est cependant pas parfait. L'une des imperfections résulte de l'inégalité qui marque souvent les relations entre parties, permettant à l'une d'elles d'abuser de sa position dominante pour se faire consentir des conditions contractuelles inéquitables. Le phénomène s'est d'abord révélé dans les relations du travail. Tout au cours du XXème siècle, de nombreux autres cas de déséquilibre ont été décelés, au détriment de catégories de personnes telles que les locataires, les épargnants et les assurés, ou, plus généralement, les consommateurs dans leurs rapports avec les professionnels.

77. Cette prise de conscience a provoqué de nombreuses interventions en droit des contrats. Des jurisprudences se sont formées sanctionnant certains abus (par exemple, en matière de sanctions conventionnelles) ; des réglementations de plus en plus nombreuses sont apparues afin de protéger la partie faible (par exemple, les législations relatives au contrat de bail ou au contrat d'assurance). Ces développements se sont manifestés dans tous les pays. Au cours des dernières décennies, l'Union européenne a pris elle-même des initiatives par la voie d'une série de directives, telles que la directive du 22 décembre 1986 en matière de crédit à la consommation, la directive du 5 avril 1993 sur les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs ou la directive du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance.

La protection de la partie faible est devenue un élément omniprésent du droit des contrats dans les pays de l'Union⁷³.

78. La préoccupation ne manque pas d'affecter divers aspects du processus de formation du contrat (A). Quelle incidence l'apparition de ces régimes dérogatoires au droit commun doit-elle avoir sur les travaux d'harmonisation du droit des contrats en Europe ? (B).

A. Protection de la partie faible et formation des contrats

79. Le souci de protéger la partie faible connaît plusieurs manifestations dans le domaine de la formation du contrat. Deux aspects ont fait l'objet d'études particulières dans le présent ouvrage, la résurgence du formalisme et le délai de réflexion. D'autres techniques de protection seront également rappelées.

⁷³ Cf. *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, dir. M. FONTAINE et J. GHESTIN, Paris, 1996, spécialement p. 652.

1. Résurgence du formalisme

80. Le principe du consensualisme prévaut partout. Il est notamment affirmé par les instruments de droit uniforme. Ainsi, les Principes de droit européen disposent-ils que

« Le contrat n'a pas à être conclu ni constaté par écrit et n'est soumis à aucune autre exigence de forme. Il peut être prouvé par tous moyens, y compris par témoins » (art. 2.101, 2°).

Les Principes d'Unidroit contiennent une règle analogue (art. 1.2), de même que la Convention de Vienne (art. 11).

Les droits primitifs soumettaient la conclusion du contrat à diverses exigences de forme (intervention de prêtres ou de magistrats, sacrifices, mises en scène, gestes ou paroles sacramentels, etc...). Le principe du consensualisme est le résultat d'une longue évolution, liée à la banalisation du phénomène contractuel, et à la reconnaissance de son importance dans l'économie de marché⁷⁴.

81. P. BRASSEUR a cependant rappelé que la réglementation protectrice de la partie faible provoque une certaine résurgence du formalisme dans le droit des contrats. Le nouveau formalisme présente certaines caractéristiques originales. Il se manifeste le plus souvent par l'exigence de la rédaction d'un écrit comme condition de validité du contrat, écrit devant contenir un certain nombre de mentions obligatoires. L'intervention d'un officier public n'est plus guère requise. D'autre part, alors que la sanction traditionnelle du manquement au formalisme était la nullité du contrat, de nouvelles sanctions apparaissent, mieux adaptées aux objectifs poursuivis⁷⁵, telles que la réduction des obligations de la partie à qui la protection a fait défaut. L'étude de M. DEMOULIN et E. MONTERO décrit également ce retour du formalisme⁷⁶.

2. Délai de réflexion et droit de repentir

82. Une fois le contrat conclu, la convention lie les parties. Il n'est plus possible de se dégager unilatéralement des engagements pris. Le principe de la convention-loi donne toute sa portée à au contrat et lui permet de jouer son rôle dans l'économie de marché.

83. De plus en plus nombreuses sont cependant les réglementations protectrices de la partie faible qui accordent à celle-ci (parfois aux deux parties) un délai de réflexion ou un droit de repentir. L'étude de L. VANDENHOUTEN y est consacrée. Le contrat n'est pleinement conclu que s'il n'a pas été dénoncé dans un certain délai ; ou encore, il est considéré comme conclu, mais il est possible de s'en dégager unilatéralement pendant un certain temps. Ces mécanismes étaient apparus dans certains droits nationaux. Ils se répandent à la faveur de directives européennes, par exemple dans les domaines des contrats négociés en dehors des établissements commerciaux, ou à distance, des contrats de

⁷⁴ Cf. P. BRASSEUR, *supra*, Titre IV, Chapitre I et II.

⁷⁵ *Ibid.*, Chapitre VII.

⁷⁶ Cf. M. DEMOULIN et E. MONTERO, *supra*, Titre V, Chapitre I, n° 18-24.

crédit ou des contrats d'assurance sur la vie. Cette liste montre le développement du phénomène : des contrats de grande diffusion sont concernés, ainsi que tout le domaine des contrats à distance, domaine où se meut le commerce électronique⁷⁷.

84. L'atteinte au principe de la convention-loi est manifeste. Ces facultés de revenir sur les engagements pris peuvent également être appréhendées comme des aménagements du processus de formation des contrats. La convention n'est plus parfaite avec l'acceptation de l'offre ; il faut encore l'écoulement d'un bref délai sans rétractation.

Le processus de formation des contrats était déjà remis en question avec la prise de conscience de l'inadaptation fréquente de l'approche offre/acceptation⁷⁸. Il appelle un autre réexamen à la lumière des développements du délai de réflexion et du droit de repentir.

3. Autres développements affectant la formation du contrat

85. D'autres développements liés au souci de protéger la partie faible et affectant le régime de la formation des contrats n'ont pas été repris dans le présent ouvrage, mais ils ont fait l'objet d'études antérieures⁷⁹.

86. Ainsi, de nombreuses réglementations s'attachent-elles à modaliser offre, acceptation et moment de la conclusion du contrat. Par exemple, la loi belge du 12 juin 1991 sur le crédit à la consommation impose que le contrat de crédit soit précédé d'une offre écrite comportant différentes mentions, et émanant nécessairement du prêteur. Une telle offre doit avoir une durée minimum de 15 jours. L'acceptation est également formalisée, le contrat devant nécessairement être signé⁸⁰.

87. Ainsi encore, des obligations d'information sont-elles de plus en plus souvent mises à charge de l'une ou l'autre des parties au moment de la négociation et de la conclusion du contrat. Ainsi, la même loi belge sur le crédit à la consommation impose-t-elle au prêteur et à l'intermédiaire de crédit « *de donner au consommateur toute information nécessaire, de façon exacte et complète, concernant le contrat de crédit envisagé* » (art. 11,1°). De son côté, « *le consommateur qui sollicite un contrat de crédit doit, à la demande du prêteur ou de l'intermédiaire de crédit, lui communiquer les renseignements exacts et complets que le prêteur ou l'intermédiaire de crédit jugent nécessaires afin d'apprécier la situation financière et les facultés de remboursement du consommateur* » (art. 10 al. 1). Quant au devoir de conseil, le prêteur et l'intermédiaire sont tenus « *de rechercher, dans le cadre des contrats de crédit qu'ils offrent habituellement, le type et le montant de crédit les mieux adaptés, compte tenu de la*

⁷⁷ Cf. L. VANDENHOUTEN, *supra*, Titre III, Chapitre II, ainsi que M. DEMOULIN et E. MONTERO, *supra*, Titre V, Chapitre II, n° 80-81 et Chapitre III, n° 94-95.

⁷⁸ Cf. *supra*, ce Chapitre, n° 68-74.

⁷⁹ Cf. notamment J.M. TRIGAUX, L'incidence de plusieurs législations récentes sur le droit commun des obligations en matière de formation des contrats, *Ann. Dr. Louvain*, 1997, pp. 189-237, et spécialement pp. 213-231 ; B. DE CONINCK, L'obligation d'information du consommateur dans la formation du contrat, *Ann. Dr. Louvain*, 1997, pp. 239-295.

⁸⁰ J.M. TRIGAUX, *op. cit.*, pp. 214-231.

situation financière du consommateur au moment de la conclusion du contrat » (art. 11,2°)⁸¹.

On rappellera que l'analyse droit-économie s'intéresse de près à de telles obligations de renseignement, souvent de manière critique⁸².

B. Protection de la partie faible et harmonisation du droit des contrats

88. Le souci de protéger la partie faible a inspiré de nombreux aménagements du processus de formation du contrat : résurgence du formalisme, octroi de plus en plus fréquent d'un délai de réflexion ou d'un droit de repentir, aménagements des modalités de l'offre et de l'acceptation ainsi que du moment de la formation du contrat, essor des obligations d'information.

Ces développements sont d'autant plus significatifs qu'ils affectent de nombreux contrats de grande diffusion.

Dans quelle mesure devraient-ils être intégrés dans l'harmonisation projetée du droit des contrats en Europe, et comment procéder ?

1. Carence des instruments de droit uniforme

89. Il est frappant de constater que ces développements n'ont pas été pris en considération par les instruments de droit uniforme auxquels nous avons constamment fait référence. Les travaux d'élaboration de ces textes se sont toujours basés sur le droit commun des contrats des systèmes juridiques considérés, sans tenir compte de ces réglementations protectrices spécifiques à certains contrats. Or l'ampleur prise par ces nouveaux régimes, et les constantes qui s'en dégagent (par exemple le recul du consensualisme ou les progrès rapides du délai de réflexion ou du droit de repentir) affectent la pertinence d'un recours exclusif au droit commun traditionnel des différents pays comme source d'inspiration de l'harmonisation.

90. Certes, le souci de protéger la partie faible se pose de manière moins aiguë dans des instruments destinés à régir les relations entre professionnels. Il est compréhensible que la Convention de Vienne n'y accorde pas une attention particulière (l'article 2 a de la Convention écarte les contrats de consommation de son champ d'application), de même que les Principes d'Unidroit (qui ne s'appliquent qu'aux contrats « du commerce » international⁸³).

⁸¹ Sur ces textes, cf. B. DE CONINCK, *op. cit.*, pp. 261-271.

⁸² Cf. *supra*, ce Chapitre, n° 20.

⁸³ Le Commentaire du Préambule des Principes d'Unidroit s'exprime clairement : « *L'idée poursuivie est davantage d'exclure du champ d'application des Principes les 'opérations de consommation' qui sont de plus en plus soumises dans les divers systèmes juridiques à des règles spéciales, impératives pour la plupart, visant à la protection du consommateur, c'est-à-dire de la partie qui conclut un contrat autrement que pour son commerce ou sa profession* ».

Par contre, la lacune est préoccupante dans les Principes de droit européen, « destinés à s'appliquer en tant que règles générales du droit des contrats dans l'Union européenne » (art. 1.101, 1°). Le commentaire de ce texte expose que « *Wherever in intra-Common Market dealings the general rules of the contract law of the Member States are relevant for individuals, organisations, the organs of the Union or the European Court of Justice, these Principles offer a carefully worked out system of rules based on comparative research* ». La qualité de la recherche comparative sur laquelle les Principes se basent est incontestablement du plus haut niveau, mais elle n'a tenu compte que du droit commun des différents Etats, négligeant les mutations importantes que le droit des contrats a partout subi suite à la prolifération des réglementations protectrices de la partie faible⁸⁴.

91. Une codification harmonisée du droit des contrats, destinée à s'appliquer non seulement aux échanges commerciaux, mais également aux opérations conclues avec les consommateurs, ne peut ignorer ces développements qui ont si souvent érodé les solutions du droit commun.

2. Difficultés à résoudre

92. Les difficultés sont cependant nombreuses. Les solutions nouvelles protectrices de la partie faible méritent un examen critique ; elles sont apparues dans la plus grande dispersion, sans souci d'homogénéité. Sont-elles applicables dans le contexte du commerce électronique ? Comment par ailleurs les intégrer dans une codification appelé à régir également d'autres relations où le souci de protection n'est pas également présent ?

• Absence de coordination

93. Il est banal de souligner le manque total de coordination entre les différentes réglementations protectrices du consommateur affectant de nombreux contrats, tant au niveau national qu'au niveau communautaire. C'est coup par coup que les différents textes ont été adoptés, sans le moindre souci de cohérence.

94. *Droit de réflexion et délai de repentir* fournissent un excellent exemple. En premier lieu, deux techniques concurrentes sont apparues pour répondre au même objectif, sans que le choix de l'une ou de l'autre ne paraisse jamais réfléchi. Ensuite, il existe autant de modes d'organisation de l'un et de l'autre mécanisme qu'il y a de réglementations les introduisant. L'étude de L. VANDENHOUTEN en témoigne⁸⁵.

⁸⁴ Le Commentaire de l'article 1.101 des Principes de droit européen souligne que l'objectif est de « ... *provide a general system of rules of contract law in the European Union based on the national laws of the 15 member States* ... ». La note (1) sous le même article décrit de manière critique les développements nouveaux résultant des directives communautaires protectrices du consommateur : « ... *it is only fragmentary harmonisation. It is not well-coordinated, and, since the national laws of contract are different, it causes problems when it is adjusted to the various national laws* ... ».

⁸⁵ Cf. L. VANDENHOUTEN, *supra*, Titre III, Chapitre II.

Que ces mécanismes soient intégrés dans un droit commun harmonisé des contrats ou qu'ils restent confinés dans des réglementations spécifiques⁸⁶, ils appellent certainement un réexamen d'ensemble.

La coexistence de deux procédés se justifie-t-elle ? Quelle est leur efficacité respective ? Sur ces plans, des études de leur application effective sur le terrain seraient certainement utiles. Une contribution intéressante est celle de l'approche psychologique du droit. L'étude de S. MICHAUX a montré les obstacles mentaux à la remise en cause d'un engagement assumé. « *Le contractant se voit lancé dans le phénomène contractuel comme dans un long processus dont il ne peut remonter le cours, cela lui fût-il défavorable. L'autorisation de revenir sur sa parole n'y change pas grand chose* »⁸⁷. La technique du délai de réflexion paraît à cet égard plus efficace que celle du droit de repentir, car elle est de nature à créer un sentiment d'engagement moins intense pendant le délai d'attente ; S. MICHAUX préconise en ce sens le recours à une exigence de confirmation pour que le contrat soit conclu au terme du délai de réflexion⁸⁸.

S'il résulte de ce réexamen que droit de réflexion et délai de repentir, ou l'un de ces mécanismes, méritent de conserver la place qu'ils ont progressivement occupée, voire d'en encore étendre leur champ d'application, un effort de mise en ordre et de coordination des différents régimes jusqu'ici mis en place s'impose de toute évidence.

95. Autant peut être dit des nombreuses manifestations de la résurgence du *formalisme*. P. BRASSEUR a évoqué la très grande variété des régimes mis en place, et leur manque de coordination⁸⁹.

Ici également, l'approche psychologique du droit s'avère éclairante. Chacun sait qu'un non-juriste, ignorant ce que peut signifier le principe du consensualisme, ne s'estime en général lié par un contrat que lorsqu'il a signé un document. S. MICHAUX confirme que « *le respect d'un certain formalisme coïncide bien davantage avec la psychologie des contractants* »⁹⁰. Cette constatation ne débouche sans doute pas sur une remise en cause fondamentale du principe du consensualisme, trop essentiel pour le bon fonctionnement de l'économie de marché, mais sur une meilleure appréhension du bien-fondé de certains retours au formalisme.

- Adaptation au commerce électronique

96. La nécessité de réexaminer de façon globale ces dispositions nouvelles protectrices de la partie faible ne résulte pas seulement d'un souci de coordination, compte tenu au passage des apports de l'approche psychologique. Il s'agit également d'apprécier leur praticabilité dans le contexte du commerce électronique.

⁸⁶ Cf. *infra*, ce Chapitre, n° 98-102.

⁸⁷ Cf. S. MICHAUX, *supra*, Titre VI, Chapitre II.

⁸⁸ *Ibid.*, n° 67-68.

⁸⁹ Cf. P. BRASSEUR, *supra*, Titre IV, Chapitre VII.

⁹⁰ Cf. S. MICHAUX, *supra*, Titre VI, Chapitre II, n° 63.

La directive du 8 juin 2000 oblige les Etats membres à « *veiller à ce que leur système juridique rende possible la conclusion de contrats par voie électronique* » (art. 9, 1°). Ceci implique notamment le réexamen des exigences de forme, dont celles qui se sont développées dans ces législations protectrices de la partie faible (compte tenu des exceptions autorisées par l'article 9, 2°).

M. DEMOULIN et E. MONTERO se penchent sur la question et consacrent de pénétrantes réflexions à l'adaptation des exigences formalistes aux conditions de l'univers dématérialisé du numérique. Quelques principes directeurs sont affirmés : équivalence fonctionnelle, neutralité technologique, principe de mesure. Des pistes sont dégagées pour des interventions législatives : adoption d'une disposition horizontale d'ordre général, donnant une définition fonctionnelle de la « *formalité* », de dispositions transversales particulières sur la notion d'« *écrit* », les exigences de mentions obligatoires, de mentions manuscrites, d'envois recommandés, etc...⁹¹.

Tout le formalisme doit être repensé afin d'être praticable dans le monde électronique. Des pas importants ont déjà été franchis avec des instruments tels que la loi modèle de la C.N.U.D.C.I. sur le commerce électronique, le projet de loi modèle du même organisme sur la signature électronique ou la directive européenne du 13 décembre 1999 sur la signature électronique (ainsi que de nombreuses législations nationales). Un droit européen des contrats ne peut que rencontrer cette problématique : simple affaire de preuve dans le contexte du consensualisme, ces questions touchent à la formation même du contrat en régime formaliste.

97. Le commerce électronique offre par contre un environnement plus propice à l'application d'autres règles protectrices du consommateur, celles qui concernent l'obligation de renseignement. M. DEMOULIN et E. MONTERO démontrent comment les réseaux rendent possible une meilleure information, qu'il s'agisse de la description des biens et services offerts, de l'indication des prix ou de la communication des conditions générales. La situation est moins favorable en ce qui concerne le devoir de conseil, en raison de sa nature plus personnalisée, mais certaines solutions existent⁹².

Une codification harmonisée du droit des contrats, qui incorporerait des règles relatives aux devoirs d'information et de conseil, ne rencontrerait donc pas trop de difficultés à s'adapter aux conditions du commerce électronique.

• Dispositions protectrices et droit commun des contrats

98. Un droit européen harmonisé de la formation des contrats ne peut ignorer ces développements protecteurs de la partie faible, qui affectent profondément le droit commun. Mais comment les intégrer, la préoccupation n'étant pas présente dans tous les contrats ? Le formalisme de l'écrit, même repensé dans une approche fonctionnelle, ne peut être imposé sur un plan général, pas plus que le délai de réflexion ou le droit de repentir. De telles solutions constitueraient de sérieux handicaps à la rapidité et à la sécurité des transactions commerciales.

⁹¹ Cf. M. DEMOULIN et E. MONTERO, *supra*, Titre V, Chapitre I.

⁹² *Ibid.*, Chapitre II, n° 50-62.

99. Une solution serait de réserver la codification de base aux opérations commerciales, et de maintenir en marge un ensemble de réglementations spécifiques protectrices de la partie faible (ce qui n'empêcherait pas d'en rechercher une meilleure coordination). La solution ne serait pas idéale pour le consommateur, qui ne trouverait pas dans ce qui apparaîtrait comme le droit commun les règles le concernant plus particulièrement.

100. Une autre solution serait de mettre sur pied deux codifications d'ensemble du droit des contrats, l'une pour les consommateurs et l'autre pour les professionnels. Ce serait aller plus loin que la distinction entre code civil et code de commerce, qui a jadis connu un certain succès, car aucun code de commerce classique n'a contenu de réglementation générale spécifique du droit des contrats. Mais on rappellera que certains pays socialistes ont connu plusieurs codifications parallèles de ce type, la Tchécoslovaquie disposant même à une certaine époque de trois codifications du droit des contrats : Code civil, Code économique, Code du commerce international. Mais la voie n'est guère attrayante, dans la mesure où elle créerait un tel clivage au moment même où l'harmonisation est recherchée.

101. La meilleure voie est peut-être de prévoir des solutions alternatives dans une codification unique, pour les cas où une protection particulière est requise en présence d'une partie faible. Le texte affirmant le principe du consensualisme serait accompagné d'un second alinéa organisant un formalisme de l'écrit en certaines hypothèses. La disposition constatant la formation du contrat avec l'acceptation d'une offre (ou en certaines autres circonstances) serait suivie d'articles organisant délai de réflexion ou droit de repentir dans certains cas. Il en irait de même chaque fois que l'on aurait identifié dans les réglementations spécifiques protectrices de la partie faible des mécanismes d'application suffisamment généralisée pour mériter pareil accès à la codification de base.

102. La mise au point de régimes communs répondrait au souci de cohérence, tellement absent de la situation actuelle. La difficulté serait cependant de déterminer, sur le plan général, le champ d'application de ces règles dérogatoires.

Le problème n'est pas nouveau. Il existe deux manières principales de le résoudre. Soit la codification d'ensemble comporte une disposition déterminant le champ d'application de certains articles, par référence à des critères généraux (cf. par exemple le critère des « *grands risques* » définis par la directive du 22 juin 1988, art. 5, dans le secteur des assurances non-vie). Soit les textes donnent délégation à une autorité afin de déterminer les personnes ou les opérations auxquels s'appliquent les régimes dérogatoires (procédure adoptée notamment par la loi belge du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre). La première solution est évidemment la seule concevable si les textes harmonisés relèvent de la *soft law*.

Les difficultés à résoudre ne peuvent être sous-estimées. Elle doivent être rencontrées si l'on ne veut éviter que l'harmonisation du droit des contrats ne prive la partie faible de la protection qu'elle a conquise.

§

§

§

IV. Propositions - programme de travail

103. La Communication du 11 juillet 2001 de la Commission démontre l'intention des autorités européennes de soutenir les initiatives qui apparaîtront les plus opportunes. Elle ouvre une nouvelle ère pour les travaux d'harmonisation du droit des contrats, qui vont s'intensifier dans la perspective d'objectifs concrets et mieux définis.

104. A cet égard, la présente étude s'est attachée au régime juridique de la formation des contrats.

Ce régime fait déjà l'objet de plusieurs excellents modèles dans la perspective d'une harmonisation européenne : la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises, les Principes relatifs aux contrats du commerce international d'Unidroit et les Principes de droit européen des contrats. Les deux ensembles de Principes sont sans doute les plus élaborés et les Principes de droit européen ont une vocation naturelle à servir de référence de base dans l'Union européenne.

La présente étude part de ces derniers modèles pour suggérer de les remettre en chantier sur un certain nombre de points.

105. En premier lieu, le réexamen critique auquel cette étude a procédé, à la lumière du droit comparé, a mis en évidence une série de problèmes auxquels il devrait être plus adéquatement répondu : levée des ambiguïtés quant à la notion de « *bonne foi* » dans les négociations, affinement des critères d'évaluation des dommages-intérêts dus en cas de rupture des négociations, meilleure formulation des exigences quant au contenu de l'offre de contracter, approche plus franche de la question de l'irrévocabilité de l'offre, élaboration du régime alternatif de formation des contrats en dehors du processus offre/acceptation, etc...

106. Notre autre préoccupation a été de montrer que ces modèles méritent d'être remis sur le métier en vue d'intégrer plusieurs dimensions qu'ils n'ont généralement pas incorporées : les enseignements de la pratique contractuelle, les développements originaux introduits par certaines réglementations spécifiques protectrices du consommateur (souvent au départ de directives européennes), les problèmes liés à la conclusion de contrats par voie électronique, les regards critiques portés sur les règles de droit par les travaux interdisciplinaires des écoles droit et économie, droit et psychologie.

107. Ainsi, quant à la pratique contractuelle, la prolifération des documents échangés par les parties lors de toute négociation d'une certaine ampleur (lettres d'intention, *memorandum of understanding*, etc...) appelle certainement une prise en compte plus élaborée qu'une brève référence à propos des clauses d'intégralité. Ces documents suscitent de nombreuses hésitations quant à leur portée juridique. Une codification harmonisée devrait tenter de formuler quelques principes.

De même, le processus conduisant à la formation du contrat subit souvent l'interférence de pratiques telles que celle des lettres de confirmation. Il en est question dans les deux ensembles de Principes, mais dans une approche trop partielle.

108. Les Principes de droit européen étendent leur champ d'application aux contrats non commerciaux, mais ils ne tiennent pas compte des multiples développements originaux qu'introduisent dans le droit des contrats les réglementations spécifiques protectrices du consommateur. Nous avons notamment évoqué l'obligation de renseignement, la modalisation de l'offre, la résurgence du formalisme, les applications de plus en plus fréquentes du délai de réflexion et du droit de repentir.

Ces développements, le plus souvent issus de directives européennes, appellent d'abord en soi un réexamen d'ensemble en vue d'une meilleure coordination. Nous pensons aussi qu'ils ne peuvent être laissés en marge de la codification harmonisée du droit européen des contrats, sous peine de tronquer celle-ci d'un ensemble de règles essentielles à la protection de la partie faible.

L'intégration de ces règles dans une codification aussi appelée à régir les rapports entre professionnels suscite évidemment des difficultés ; nous avons évoqué les solutions possibles.

109. La conclusion de contrats par voie électronique a fait une irruption marquée au cours des dernières années. Elle appelle évidemment un réexamen, auquel l'harmonisation du droit européen des contrats ne peut se dérober.

Ainsi, le processus de formation des contrats doit-il être repensé, compte tenu de la nécessité d'assurer la réalité du consentement. La directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique requiert déjà qu'une commande soit suivie d'un accusé de réception. La portée de cet accusé recèle cependant une grande ambiguïté, qui devrait être levée. La pratique révèle d'ailleurs que le processus de formation est bien plus complexe, jalonné d'étapes bien plus nombreuses que la simple succession d'une offre et d'une acceptation. La

détermination du lieu et du moment du contrat conclu par voie électronique suscite aussi des incertitudes, qui montrent les limites de la théorie classique du contrat entre absents.

Les mécanismes de protection de la partie faible doivent également être réexaminés dans le cadre du commerce électronique. Si l'obligation d'information peut s'exécuter dans de meilleures conditions (la question du devoir de conseil est plus problématique), le formalisme de protection doit être repensé. Il est certain qu'une coordination étroite doit être réalisée avec les développements récents concernant notamment les notions d'écrit et de signature électronique.

110. L'approche interdisciplinaire droit-économie jette un regard critique sur les règles de droit.

Nous avons rappelé que les travaux de cette école restent souvent trop marqués par le contexte de *common law* où ils trouvent leur origine, et que la priorité donnée aux exigences de l'efficacité économique ne répond pas toujours à l'esprit de la *civil law*, où d'autres valeurs sont souvent privilégiées. Toutefois, l'analyse économique apporte des éléments d'appréciation de grande utilité dans l'élaboration des règles de droit.

En matière de formation des contrats, cette approche fournit notamment des arguments en faveur d'une responsabilité en cas de rupture abusive des négociations, ainsi que de l'irrévocabilité de l'offre. Elle invite à repenser de manière critique le développement de l'obligation d'information. Elle suscite une réflexion sur les exigences quant au contenu de l'offre et sur les avantages économiques d'un droit supplétif codifié.

111. Quant à l'approche psychologique, nous avons voulu montrer qu'elle méritait au moins autant d'attention que l'approche économique comme facteur d'appréciation des mérites d'une règle de droit. Une solution correspondant aux attentes psychologiques du justiciable sera sans doute plus efficace. Ici également, le droit voudra dans certains cas aller à contre-courant, dans le but de privilégier certains objectifs ou certaines valeurs, mais il est bon que la décision soit prise en connaissance de cause.

Nous avons pu montrer que tant la responsabilité dans certains cas de rupture des négociations que l'irrévocabilité de l'offre correspondaient aux attentes psychologiques des intéressés. L'analyse psychologique peut également contribuer à la détermination du moment où un contrat est conclu, spécialement en dehors du processus offre/acceptation. Les mécanismes du délai de réflexion et du droit de repentir pourraient être améliorés dans leur efficacité en tenant compte de l'approche psychologique (il est proposé de retenir la formule du délai de réflexion accompagné d'une exigence de confirmation).

112. Le régime juridique harmonisé de la formation des contrats, tel qu'il se présente dans les instruments de droit uniforme déjà disponibles, appelle donc un réexamen sous plusieurs angles d'approche. Au moment où les réflexions et les travaux en cours vont certainement connaître une nouvelle impulsion, suite aux positions que prendra la Commission, l'occasion est belle d'élargir le débat afin d'intégrer les nouvelles dimensions que suggère le présent ouvrage.

Nous avons testé cette approche diversifiée sur le thème de la formation des contrats. Il va de soi que les autres chapitres de l'harmonisation du droit des contrats se prêtent également à des remises en cause analogues⁹³.

⁹³ Comp. les conclusions de synthèse de l'ouvrage récemment publié sous l'égide du Centre de droit des obligations de l'Université catholique de Louvain et le Centre de recherche en droit privé de l'Université de Paris I Panthéon-Sorbonne, *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, dir. M. FONTAINE et G. VINEY, Buxelles et Paris, 2001, pp. 1019-1097.

TITRE VII. UN RÉGIME HARMONISÉ DE LA FORMATION DES CONTRATS – RÉEXAMEN CRITIQUE.....	1
CHAPITRE I. LES TROIS MODÈLES DE DROIT UNIFORME DISPONIBLES.....	3
Section 1. <i>La Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises</i>	3
Section 2. <i>Les Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international</i>	3
Section 3. <i>Les Principes de droit européen des contrats</i>	3
Section 4. <i>Plan</i>	4
CHAPITRE II. EXAMEN CRITIQUE ET PROPOSITIONS	5
Section 1. <i>Apports de l'analyse droit-économie</i>	5
I. Le mouvement <i>Law and Economics</i>	5
II. L'approche <i>Law and Economics</i> et le phénomène contractuel.....	6
III. Apports de l'approche <i>Law and Economics</i> au régime juridique de la formation des contrats.....	7
A. Rupture des négociations	7
B. Devoir d'information.....	9
C. Détermination des éléments du futur contrat.....	9
D. La portée juridique de l'offre de contracter	10
Section 2. <i>La formation des contrats de lege ferenda</i>	12
I. Négociation du contrat	12
A. Pour une responsabilité pré-contractuelle	13
B. Difficultés à résoudre.....	14
1. Bonne foi objective ou subjective.....	14
2. Critères d'indemnisation.....	15
3. Incidence des documents pré-contractuels.....	15
4. Confidentialité, obligation de renseignement.....	17
II. Conclusion du contrat	17
A. Un régime harmonisé du processus offre/acceptation	18
1. Notion d'offre	18
2. Force obligatoire de l'offre	20
3. Contrats « entre absents »	22
4. Conflits de conditions générales	23
B. Remise en cause de la pertinence de l'approche offre/acceptation	23
1. Existence de processus aux étapes plus nombreuses	24
2. Modes de formation sans offre ni acceptation.....	24
III. Souci de protéger la partie faible	26
A. Protection de la partie faible et formation des contrats	26
1. Résurgence du formalisme.....	27
2. Délai de réflexion et droit de repentir	27
3. Autres développements affectant la formation du contrat.....	28
B. Protection de la partie faible et harmonisation du droit des contrats	29
1. Carence des instruments de droit uniforme.....	29
2. Difficultés à résoudre.....	30
IV. Propositions - programme de travail	34