

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

**Le conflit né de la confrontation de conditions
générales contradictoires et son incidence sur la
formation des contrats.**

par
Catherine DELFORGE

Doc. 2001/17

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

LE CONFLIT NÉ DE LA CONFRONTATION DE CONDITIONS GÉNÉRALES CONTRADICTOIRES ET SON INCIDENCE SUR LA FORMATION DES CONTRATS

par

Catherine DELFORGE

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

Avocat au barreau de Bruxelles

POSITION DU PROBLÈME

1.- La pratique des affaires témoigne de la fréquence avec laquelle les entreprises élaborent, unilatéralement et avant même toute négociation particulière, les conditions¹ auxquelles elles sont disposées de se soumettre lors de la conclusion d'un contrat. Appréhender la phase de formation des conventions ne peut ainsi se dispenser d'une analyse minutieuse des règles régissant l'entrée de telles stipulations dans la sphère contractuelle.

2.- Le recours systématique des entreprises à l'élaboration de conditions standardisées, élaborées en vue de leur assurer une protection la plus large et la plus efficiente possible, est fertile en questionnements juridiques. Instruments de domination par excellence, les conditions générales ont suscité l'engouement des juristes et fait couler beaucoup d'encre. Outre les difficultés que pareille pratique engendre lorsqu'elle met en présence un consommateur et un professionnel, doivent également être relevées les interrogations

¹ Il est intéressant de remarquer qu'aucune disposition légale explicite, à l'exclusion de l'article 231, alinéa a, livre 6 du nouveau Code civil néerlandais et des Principes (article 2-209, alinéa 3 des Principes européens et 2-19, alinéa 2 des Principes UNIDROIT), ne fournit une définition de ce terme. La raison en est que par "conditions générales", on vise une réalité, une situation, purement factuelle dont les législateurs nationaux ne se sont saisis que pour en sanctionner les abus (clauses léonines), particulièrement dans le cadre des relations professionnels/consommateurs (v. sur ce point H. KÖTZ et A. FLESSNER, *European Contract Law*, I, 1997, pp. 137 à 153 consacré au contrôle des conditions générales d'affaires). Seul le droit allemand fait sur ce point exception par son importante loi du 9 décembre 1976, récemment modifiée (*AGBGezetz*). Des critères permettent cependant de dégager les hypothèses où leur présence est certaine : le caractère standardisé, la rédaction unilatérale, mais aussi le pouvoir (économique ou technique) dont dispose le contractant qui les rédige.

A. CROSIO, *Le contrat de vente en droit commercial*, L.G.D.J., Paris, 1989, p. 51. Ces conditions peuvent se fonder dans des supports variés : catalogue commercial, bon de commande, confirmation ou accusé de réception, correspondance, facture... Elles sont pré-imprimées et peuvent ainsi accompagner tout document circulant entre les parties contractantes. V. également A. SEUBE, "Les conditions générales des contrats", *Mélanges JAUFFRET*, Fac. Dr. et Sc. Pol., Aix-Marseille, 1974, pp. 621 à 633.

suscitées par la confrontation de cette arme contractuelle utilisée entre deux commerçants. Et tel est notre unique objectif dans les lignes qui suivent.

3.- Au-delà des interrogations touchant à la validité de telles clauses, ainsi qu'à leur opposabilité², la question de la réalité et du moment de leur entrée dans le champ contractuel est décisive en ce qu'elle met notamment en lumière les difficiles applications de l'approche traditionnelle offre / acceptation et contribue ainsi au débat ouvert sur l'ajustement de celle-ci aux attentes de la vie des affaires.

4.- La conceptualisation du conflit né de la confrontation de conditions générales contradictoires sous le vocable de "*battle of forms*" - ou sous un vocable similaire³ - pourrait laisser penser que cette problématique est autonome par rapport aux principes dégagés en ce qui concerne la formation des accords et qu'elle se voit, en conséquence, régie par des règles spécifiques. Il n'en est cependant rien, dans l'état actuel des choses, dans la plupart des systèmes abordés (France, Belgique, Allemagne, Angleterre et Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises), où la "bataille" reste résolue sous l'angle classique "offre-acceptation"⁴. Appréhender cette réflexion en elle-même - et lui apporter des solutions propres, parfois déroatoires au droit commun - résulte ainsi d'un mouvement assez récent, justifié par une volonté de rencontrer les exigences de la pratique. Les théories classiques peuvent en effet se révéler inadéquates face à la complexité du conflit, et par trop simplifiées de sorte qu'elles ne permettent pas d'offrir au litige une solution satisfaisante. C'est à partir de ce constat d'inaptitude des règles traditionnelles que les plus récents instruments juridiques (code civil néerlandais, Principes UNIDROIT et Principes européens) ou encore l'U.C.C. américain ont préféré la voie de l'autonomie des solutions. Qui plus est, une fois saisie l'opportunité d'une réglementation spécifique, ces systèmes se sont empreints de pragmatisme et ont tenté, tant que faire se peut, de se démarquer par l'originalité des solutions proposées.

² Par "conditions de validité", nous entendons les conditions imposées, tant par la loi que la jurisprudence, afin que soit reconnue la légalité intrinsèque de la clause entre parties contractantes, le défaut de celle-ci autorisant le juge à considérer la clause comme nulle ou inexistante (cfr clauses abusives, respect de l'ordre public...). L'opposabilité vise quant à elle les conditions imposées par le droit afin que l'auteur des clauses unilatérales soit admis à s'en prévaloir à l'encontre de l'autre, lorsque la dite clause est considérée comme "valide" au regard du droit applicable.

Ces deux questions ne faisant pas directement l'objet de notre étude, nous ne les aborderons que de manière plus accessoire, et dans l'unique mesure où elles sont susceptibles, dans un ordre juridique donné, d'influencer la solution apportée au conflit de conditions générales.

³ Les auteurs parlent, pour désigner cette problématique, tant de "*battle of forms*", "*Conflicting general conditions*" que de "*tegenstrijdige algemene voorwaarden*" ou encore de "*bataille de formulaires*". À chaque fois, cependant, il s'agit de viser une seule et même réalité juridique.

⁴ Nous renvoyons le lecteur à notre contribution relative à l'offre et l'acceptation, et en particulier aux développements portant sur l'acceptation modalisée. V. *supra*, C. DELFORGE, Titre II, Chapitre III, n°98 à 105, ainsi que les renvois effectués vers l'analyse de chacun des droits.

5.- Quelle que soit la source du régime applicable au *battle of forms*, il ne fait aucun doute que, dans aucun des systèmes juridiques abordés, la rédaction unilatérale des conditions générales ne fait par principe obstacle à la reconnaissance de leur nature conventionnelle, bien que les règles imposées soient plus ou moins rigoureuses selon le cas. Si cette règle n'est pas douteuse, il reste que le principe de la formation de l'accord par la rencontre de volontés concordantes s'accommode difficilement de l'émission successive de stipulations unilatérales prétendument conventionnelles, particulièrement lorsqu'elles sont contradictoires.

Il ne fait pas de doute que, lorsque les conditions générales du déclarant sont expressément acceptées par l'autre partie, elles s'intègrent dans le champ contractuel. Il en est ainsi, par exemple, lorsque l'offre, accompagnée de ses conditions générales, est acceptée comme telle. La question posée par le *battle of forms* est cependant tout autre puisqu'elle appréhende l'hypothèse où des conditions incompatibles sont communiquées et suivies d'une absence de réaction de la part de celui à qui elles sont destinées⁵ ou d'un refus de ce dernier de voir appliquer d'autres conditions que celles qu'il a lui-même établies.

6.- Cette problématique suscite deux interrogations majeures. La première – qui justifie l'intérêt de son étude dans le cadre du présent ouvrage – consiste à qualifier la volonté émise : lorsque le destinataire d'une offre accepte celle-ci, mais y joint des conditions différentes, s'agit-il à proprement parler d'une "acceptation", ou faut-il y voir l'émission d'une nouvelle offre (*théorie de la contre-offre*) ? La question paraît déterminante, dans certains systèmes à tout le moins, car de sa solution dépendra la fixation dans le temps du moment de la conclusion du contrat⁶.

Tous les systèmes rencontrés posent pour principe que le contrat se forme par la rencontre d'une offre et d'une acceptation concordant, au minimum, sur les éléments "essentiels" ou "caractéristiques" de celui-ci. Cette conception ne souffre de difficulté que quant à la détermination des éléments pouvant être tenus pour tels. En outre, alors que certains systèmes se contentent d'un accord sur les éléments essentiels (droit suisse), d'autres reculent davantage dans le temps la conclusion du contrat jusqu'au moment où convergent les volontés également sur les éléments accessoires devenus essentiels par la volonté des parties (droits belge et français). En outre, la définition donnée aux éléments considérés comme essentiels diverge d'un droit à l'autre et pourra, le cas échéant, fixer le moment de l'entrée dans le champ contractuel à des instants différents.

⁵ Par "*Battle of forms*", nous entendons ainsi toutes les situations de divergence totale ou partielle d'une ou plusieurs clauses de conditions générales, y compris les "clauses de défense" contenues dans l'offre et dans l'acceptation : W.A. STOFFEL, "Formation du contrat", in *Convention de Vienne de 1980 sur la vente internationale de marchandises, Colloque de Lausanne des 19 et 20 novembre 1984*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zurich, 1985, p.73.

⁶ Encore faut-il, bien entendu, que cet élément soit perçu comme déterminant.

La seconde interrogation porte quant à elle sur le contenu même de la convention. À supposer le contrat formé, à quelles stipulations les parties seront-elles soumises ? Le contrat renfermera-t-il les seules conditions émises par l'offrant ou faudra-t-il en transformer la teneur en fonction des éléments modifiés ensuite par l'acceptant ? Ne conviendrait-il pas, au contraire, de considérer qu'à défaut d'accord sur ces points, le contrat demeure conclu (en réponse à la première question), mais les conditions discordantes s'annulent de sorte que le droit commun est appelé à suppléer à pareil "vice" du processus de formation ?

7.- Trois théories principales ont été dégagées afin de répondre à cette seconde question.

Selon une première, dénommée du *first shot* ou "du premier mot", le conflit se résout au profit de l'application inconditionnelle des premières conditions communiquées, généralement celles de l'offrant. Cette solution a été reçue, sous réserve de certains aménagements, par le législateur néerlandais, et reste ponctuellement appliquée par une partie de la jurisprudence française et belge.

Selon une seconde thèse, celle du *last shot* ou "du dernier mot", devraient, au contraire, seules trouver application les conditions générales communiquées en dernier lieu et à l'encontre desquelles aucune protestation n'a été formulée. L'acceptation tacite de celui qui les reçoit permet alors la conclusion de l'accord et l'incorporation des dites conditions dans le champ contractuel. L'article 2-22 des Principes UNIDROIT ouvre également cette alternative, par ailleurs longtemps reçue en droit allemand.

La troisième théorie, qui reçoit largement les faveurs des juridictions françaises, est celle de l'annulation réciproque des conditions générales contradictoires. Cette thèse, également dénommée du "*knock out*" par les juristes anglo-saxons, recherche un consensus entre les deux premières que nous venons d'exposer. Elle refuse en effet de sanctionner un des contractants en le contraignant à se soumettre à des clauses qui divergent nécessairement des siennes. Se refusant à désigner un vainqueur et un vaincu, elle préfère maintenir les parties sur pied d'égalité et considérer que leurs divergences de vue, en ce qu'elles attestent d'un non-consentement sur un point, fut-il secondaire, doivent être ignorées. L'annulation sera alors partielle, lorsqu'elle frappe les seules clauses divergentes, ou totale, lorsqu'elle aboutit à l'exclusion pure et simple de l'ensemble des clauses standardisées des deux parties. Le droit commun est alors appelé à suppléer au vide qui en est la conséquence.

8.- L'influence d'un élément extérieur à ces théories ressort également de l'analyse de la jurisprudence : il s'agit de la manière dont s'exprime la volonté. Dans certaines circonstances, en effet, la manifestation de l'intention d'une des parties a conduit les juges à conclure à l'applicabilité des clauses standardisées les plus claires, et à privilégier ainsi celui qui s'est exprimé de la façon la plus limpide, ne laissant aucun doute quant à ses intentions réelles. Cette règle permet alors de nuancer l'application d'une des trois théories qui précèdent, et, en ce sens, ne peut être négligée.

9.- C'est au regard de ces théories, et des questions qu'elles posent, que nous nous proposons, dans les lignes qui suivent, de jauger les options jurisprudentielles, doctrinales et législatives, apportées au conflit de conditions générales dans les différents droits constituant l'objet de notre étude. Certaines questions, pourtant indissociables de celles que nous aborderons, resteront volontairement tues dans la mesure où elles justifieraient à elles seules un exposé dense. Il en est ainsi de la validité intrinsèque des clauses unilatérales, ainsi que de leur opposabilité.

10.- Nous proposons d'aborder, dans un premier temps, les différents droits nationaux, ainsi que les solutions dégagées par les instruments internationaux (section 1), pour ensuite clore notre étude par des considérations générales où sera tentée l'ébauche d'une solution qui nous paraît la plus adéquate à cette problématique particulière (section 2).

SECTION 1. RÉPONSES DES DIFFÉRENTS SYSTÈMES JURIDIQUES

I. Le droit belge

11.- Pas davantage que le processus de formation des contrats, le conflit de conditions générales n'est expressément envisagé par le législateur belge. Des solutions divergentes ont été proposées par la jurisprudence, sans qu'une solution de principe ne puisse être dégagée. Ainsi, écho a été donné à différentes théories⁷, marquant la diversité des solutions et l'insécurité relative qui en découle quant à l'issue d'un éventuel litige. Ce constat reste cependant nuancé dans la mesure où, dans chaque cas d'espèce, la solution privilégiée s'appuie, selon la motivation choisie, sur une recherche de la volonté réelle des parties et, ce faisant, atteste du souhait des magistrats d'apporter au litige la solution s'ajustant le plus adéquatement aux circonstances de la cause, et particulièrement au comportement des parties.

A. Les principes

⁷ Comm.Bruxelles, 21 mars 1969, *J.C.B.*, 1971, I, 22 ; Comm.Verviers, 9 octobre 1969, *Jur.Liège*, 1969-1970, p.150 ; Trib.Arr.Bruxelles, 25 décembre 1974, *J.C.B.*, 1975, I, 213 cités par M. BOSMANS, "Les conditions générales en matière contractuelle", *J.T.*, 1981, n°30 ; DE SMET, "De la force obligatoire des conditions générales en matière commerciale", *R.C.J.B.*, 1974, 192 ; E. DIRIX et A. VAN OEVELEN, "Verbintenissenrecht", *R.W.*, 1980, col. 2383 ; P. GREGOIRE, *o.c.*, pp. 79 et s. ; J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, Bruylant, Bruxelles, Tome III, 1981, pp.21 et suivantes ; E. DIRIX et G.L. BALLON, *La facture*, Kluwer, Anvers, 1997, p.169, n°245 ; M. TAVERNE et M. VAN RUYMBEKE, "Les clauses relatives à l'opposabilité et à la formation du contrat dans les conditions générales", in *La rédaction des conditions générales contractuelles, Aspects juridiques et pratiques*, Story Scientia, 1984, p.12.

12.- Le droit belge appréhende la problématique du conflit de conditions générales sous l'angle de la séquence classique offre - acceptation, à laquelle se joignent des considérations tenant principalement à l'opposabilité des clauses, c'est-à-dire à la faculté reconnue au contractant dont elles émanent de revendiquer leur application à l'encontre de l'autre.

13.- Le raisonnement peut être schématisé en différentes étapes, se succédant dans le temps à partir d'un principe de base selon lequel le contrat se forme par la rencontre d'une offre et d'une acceptation de ses termes. L'article 1108 du code civil énonce en effet, au titre des conditions de validité de la convention, l'exigence d'un consentement. L'intention subjective - ou volonté réelle - est ainsi mise au premier plan et se voit dotée d'une fonction créatrice de droits. Elle devient l'unique guide du juge dans les arcanes des faits qui lui sont soumis. En vertu du pouvoir d'appréciation souverain qui lui est reconnu, le juge se voit investi de la tâche de rechercher la meilleure solution au regard des circonstances de l'espèce et de l'intention des parties telle qu'elle se dégage de ces éléments factuels qui lui sont soumis (comportement, silence, commencement d'exécution...).

L'exigence de s'assurer, en toutes circonstances, de la réalité du consentement requerra du juge qu'il prenne préalablement attitude quant à l'opposabilité ou l'inopposabilité des clauses litigieuses⁸. La première étape du raisonnement se résume ainsi à répondre à une question : dans les circonstances de fait données, le destinataire des conditions générales était-il raisonnablement en mesure d'en prendre connaissance⁹ et, ainsi, d'y consentir¹⁰ ? Seule une réponse affirmative permettra de poser la problématique du *battle of forms* qui se limite en effet à l'unique hypothèse d'une contradiction entre des clauses pourvues de la même efficacité, et donc susceptibles de s'affronter pour entrer, à l'exclusion de l'autre, dans le champ contractuel. Au contraire, une réponse négative marquera l'ultime étape du

⁸ R. MOUGENOT, *La preuve, Répertoire notarial*, Larcier, 1990, pp. 182-183, n°244 ; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WERY, "Chronique de jurisprudence. Les obligations : les sources", *J.T.*, 1996, p. 708, n°48 ; P. VAN OMMESLAGHE, "Examen de jurisprudence", *R.C.J.B.*, 1986, pp. 140 et suivantes, n° 57 et suivants ; J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, Bruylant, Bruxelles, Tome III, 1981, p. et les nombreuses références citées : Sur ce point, sera déterminante la manière dont les clauses se présentent à celui à qui elles sont destinées. Tout doute quant à la possibilité de connaître leur existence et leur contenu suffira à exclure pareilles stipulations du champ contractuel. Le juge aura égard sur ce point à l'attitude des deux parties au contrat : celle du proposant originaire - qui devra avoir attiré l'attention de l'autre partie sur le contenu de ces clauses - et celle du destinataire - qui ne pourra exciper la méconnaissance des clauses lorsque son attitude est restée empreinte de passivité alors qu'il disposait des moyens suffisants pour accéder à leur contenu, et ce d'autant plus lorsque le litige met en cause deux professionnels. Dans ce cas, en effet, une plus grande rigueur jurisprudentielle est indéniable. En ce sens, il suffira que l'on établisse que celui à qui on entend opposer les conditions générales ne pouvait raisonnablement les ignorer. L'appréciation est marginale. V. également L. HENEBICQ et M.P. WOUTERS, *Les Nouvelles*, IV, n° 369 et suivants.

⁹ Cette connaissance passe, selon une certaine jurisprudence, par des exigences de forme, destinée à forcer celui qui stipule des conditions générales à attirer l'attention de l'autre partie sur leur existence et leur contenu : v. not. Bruxelles, 8 février 1991, *J.T.*, 1991, p. 565.

¹⁰ V. sur ce point : M. BOSMANS, "Les conditions générales en matière contractuelle (1975 à 1979)", *J.T.*, 1981, pp. 21-22.

raisonnement en ce sens que la clause inopposable est, en toutes circonstances, dépourvue d'effets juridiques¹¹.

Les règles exposées quant à l'éventuelle présence d'une acceptation tacite¹² vont ici nécessairement exercer une influence déterminante sur la solution apportée au litige. Lorsque les clauses litigieuses ont été portées à la connaissance de celui à qui on entend les opposer, et qu'aucune protestation n'a été émise quant à leur contenu, la jurisprudence conclut à leur opposabilité et à leur incorporation dans la sphère contractuelle¹³. Il en est particulièrement ainsi lorsqu'il s'agit de relations entre professionnels.

La seconde étape invite le juge à déterminer l'incidence du conflit sur l'existence et le contenu de l'accord. Le principe de la formation du contrat par la rencontre de deux volontés concordantes pourra, dans certains cas, faire échec à la reconnaissance de celui-ci lorsqu'un tel consensus fait défaut quant aux éléments essentiels. Il en sera de même des éléments secondaires devenus déterminants pour les parties¹⁴. Le droit belge autorise en effet, à l'instar du droit français, aux parties d'"essentialiser" certains éléments qui, *in se*, sont dépourvus de cette qualité. En étendant ainsi le terrain sur lequel l'échange de consentement conditionne la reconnaissance de l'accord, le droit belge manifeste une certaine rigueur, le défaut de pareil accord autorisant le juge à dénier aux volontés le pouvoir de créer le contrat. Si le juge conclut à l'existence de la convention - en ce sens que la discorde n'entache qu'un élément demeuré secondaire -, la troisième étape du raisonnement consistera alors faire le choix des

¹¹ Lorsqu'une seule des clauses est déclarée inopposable, la question du *battle of forms* ne se pose en effet pas dans la mesure où aucune contradiction de clauses ne se présente. Lorsque les deux clauses sont déclarées inopposables, le droit commun supplée à l'absence de réglementation de l'éventuel point litigieux. Lorsque les deux clauses sont, enfin, déclarées opposables, leur contradiction ouvre le champ à l'hypothèse d'un *battle of forms*.

¹² V. *supra*, C. DELFORGE, Titre II, Chapitre I, n°38 à 40. V. également M. TAVERNE et M. VAN RUYMBEKE, *o.c.*, 1984, p.15.

¹³ Cass., 11 décembre 1970, *J.T.*, 1971, 582 et *J.C.B.*, 1972, pp. 608-611 ; Cass., 17 octobre 1975, *Pas.*, 1976, I, 225 ; Cass., 29 septembre 1989, *Jur.Port d'Anvers*, 1991, pp. 21-28 ;. Pour une application récente par les juridictions de fond : Comm. Malines, 25 juin 1999, *R.G.D.C.*, 1999/9, pp. 589 et suivantes ; Liège, 18 novembre 1993, *J.L.M.B.*, 1994, p. 567. V. également.

Il appartenait à celui qui se prévaut d'une acceptation tacite de l'autre partie d'établir que cette dernière avait bien eu connaissance des dites conditions (Cass., 8 novembre 1991, *Pas.*, I, 1992, p. 912). V. également Comm. Bruxelles, 15 juin 1964, *J.C.B.*, 1964, pp. 132-134 ; Anvers, 19 décembre 1990, *Jur. Port Anvers*, 1992, pp. 39-47 ; Bruxelles, 9 mai 1990, *J.L.M.B.*, 1990, p. 1490 ; Mons, 28 mars 1990, *J.L.M.B.*, 1990, p. 1412 ; Anvers, 13 septembre 1987, *R.D.C.*, 1988, p. 895. Dès lors, adjoindre les conditions générales contractuelles aux seules factures émises postérieurement à la conclusion du contrat est contraire aux exigences de bonne foi : L. HENEBICQ et M.P. WOUTERS, *Les Nouvelles*, IV, spécialement n° 379 ; J. VAN RYN et J. HEENEN, *o.c.*, n° 60 ; J.L. FAGNART, "L'obligation de renseignement", *R.C.J.B.*, 1983, p. 236 ; A. DE BERSAQUES, "La culpa in contrahendo", *R.C.J.B.*, 1964, pp. 280-282 ; P. VAN OMMESLAGHE, "L'exécution de bonne foi, principe général de droit ?", *R.O.C.*, 1987, p. 101, particulièrement n°6.

¹⁴ Rappelons que, dans la théorie belge classique, la concordance entre l'offre et l'acceptation devait être totale, en ce compris en ce qui concerne les points secondaires. V. L. HENEBICQ et M.P. WOUTERS, *Les Nouvelles*, IV, pp. 129-130 et les références citées.

dispositions applicables et, le cas échéant à favoriser l'application de l'une ou l'autre clause, au détriment de l'autre, écartée du champ contractuel.

14.- Sur ce dernier point, les théories que nous avons précédemment exposées ont été reçues par la jurisprudence belge, même si certaines sont aujourd'hui repoussées en raison du vice qui entache leur raisonnement.

À partir d'une interprétation stricte de l'article 1602 du code civil¹⁵, certains juges ont, tout d'abord, plaidé pour une application automatique des conditions communiquées par l'acheteur¹⁶. Une telle lecture du texte légal prête le flanc à la critique dans la mesure où cette disposition est uniquement une règle d'interprétation des conventions valablement formées, ce qui, par hypothèse, est précisément questionné dans le cadre du présent conflit. Étendre ainsi la portée de la règle, en y voyant une norme relative à l'existence même de l'accord, nécessaire à l'entrée de la clause dans la sphère contractuelle, la dénaturerait et ne pourrait être approuvée¹⁷. De plus, cette règle repose essentiellement sur des considérations d'équité et de justice, destinées à contrer les abus de certains commerçants à l'encontre du consommateur¹⁸. Les relations nouées entre professionnels ne présentent quant à eux pas toujours de tels rapports de force et, s'ils en présentent, ce n'est pas toujours au détriment de l'acheteur. On peut, en ce sens, difficilement plaider pour une application inconditionnelle des normes unilatérales imposées par ce dernier.

15.- Afin de rencontrer adéquatement chaque situation d'espèce, la jurisprudence belge a donné écho aux différentes théories proposées pour résoudre le conflit né de la contradiction des conditions générales. Sur ce point, la théorie de l'annulation réciproque¹⁹ reçoit souvent les faveurs des juges, à tout le moins lorsque les parties ont toutes deux pris soin d'insérer

¹⁵ Selon lequel, tout pacte obscur s'interprète contre le vendeur.

¹⁶ V. notamment sur ce point: Comm. Bruxelles, 29 mai 1956, *J.C.B.*, 1956, 197 ; Comm. Liège, 4 octobre 1958, *J.T.*, 1959, 211 ; Comm. Verviers, 9 novembre 1969, *J.L.*, 1969-1970, 150.

¹⁷ J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, Bruylant, Bruxelles, Tome III, 1981, p.26, n°18 ; E. DIRIX et G.L. BALLON, *o.c.*, p. 169 ; P.A. FORIERS, "Chronique de jurisprudence (1970 - 1980)", *R.D.C.*, 1983, 117.

¹⁸ A. TUMMERS, *o.c.*, p. 602.

¹⁹ Voir notamment Bruxelles, 3 novembre 1994, *J.T.*, 1995, p. 263 ; Comm. Bruxelles, 20 décembre 1991, *R.D.C.*, 1992, p. 919 ; Comm. Liège, 29 octobre 1975, *J.C.B.*, 1976, 646 ; Trib. Arr. Namur, 30 janvier 1976, *Jur.Liège*, 1975-1976, p.260. V. également P. VAN OMMESSLAGHE, "Examen de jurisprudence", *R.C.J.B.*, 1986, pp. 145 et suivantes et les références citées.

La motivation retenue par le tribunal de première instance de Bruxelles dans sa décision du 20 mai 1988 (*Rev. Dr. intel.* - L'ingénieur conseil, 1988, p. 218 - R.G. 32610) est intéressante. L'annulation réciproque est en effet décidée au motif que le contraire reviendrait à "*transformer toute relation commerciale en une escalade malsaine et autoritariste donnant avantage à celui qui aurait, formellement, le dernier mot. De la confrontation avec exclusion réciproque des conditions générales des parties en présence, il doit être déduit qu'il n'y a pas d'accord entre elles sur les points repris dans ces conditions générales et que les règles du droit commun sont applicables pour régler leurs relations contractuelles*".

dans leurs conditions générales une clause de défense²⁰. Selon cette théorie, lorsque la divergence porte sur un élément essentiel du contrat envisagé, la conclusion de celui-ci ne peut être acceptée, à défaut de rencontre de volontés (cfr *supra*). Lorsque seuls des éléments secondaires sont réglés différemment par les parties, le contrat se forme. Le droit commun supplée alors sur les points qui, par le biais de l'annulation réciproque, se trouvent dépourvus de toute réglementation.

Mais la jurisprudence témoigne également de cas où les théories du *last shot*²¹ ou du *first shot*²² ont trouvé application.

La *last shot rule* trouve principalement application lorsque sont en cause des relations entre commerçants. Un usage commercial veut, en effet, que le défaut de protestation dans un délai raisonnable équivaut à une acceptation tacite, particulièrement lorsque le contrat a ensuite fait l'objet d'un commencement d'exécution. Ainsi, l'absence de protestation à une facture peut être perçue comme un indice de l'acceptation des conditions générales qui y étaient annexées²³.

²⁰ A. TUMMERS, *o.c.*, p. 603 qui cite notamment Comm. Bruxelles, 24 novembre 1967, *J.C.B.*, 1968, I, 19. Pour une application jurisprudentielle récente : Bruxelles, *BERLIS C. UNILECTRIC*, 3 novembre 1994, *J.T.*, 1995, 265. En tout état de cause, le choix de l'une ou l'autre théorie ne dispense jamais le juge de rechercher la volonté réelle des contractants. En ce sens, devront primer les conditions générales qui, au regard des circonstances de l'espèce, peuvent être considérées comme tacitement acceptées par le contractant, ce dernier ayant renoncé, de manière certaine, à l'application de ses propres conditions générales. L'annulation réciproque n'est dès lors pas automatique.

²¹ Sur la base de cette théorie, lorsque les conditions de l'offre ne se retrouvent pas dans l'acceptation, le contrat n'est pas formé : l'acceptation est perçue comme une contre-offre dont les éléments qu'elle contient doivent être acceptés par l'offrant originaire pour parfaire le contrat. Régiront le contrat, les seules clauses expressément acceptées ou implicitement reçues en raison de l'absence de contestation. V. L. FREDERICQ, *Droit commercial belge*, Gand, 1955, Tome III, p. 39. "*Le principe du dernier mot est une application de l'obligation de diligence qui pèse sur tout commerçant : à lui de contredire expressément les conditions qu'il n'a agréées pas. La sanction de sa négligence est simple : ses propres conditions générales tomberont au profit de celles de son partenaire plus dynamique ou qui a tiré parti de son inaction.*" V. également A. TUMMERS, *o.c.*, p. 601. Le silence ou l'inaction seront ainsi jugés au regard des circonstances de l'espèce afin de rechercher si, sur ce point, on ne peut y trouver quelque trace d'une acceptation tacite. Il en sera ainsi particulièrement en cas de commencement d'exécution, ou encore si le silence s'inscrit dans le cadre de relations suivies d'affaires. V. sur ce point : Comm. Hasselt, 14 mai 1969, *J.C.B.*, 1969, I, 156 ; Comm. Bruxelles, 19 octobre 1961, *R.W.*, 1961, col.809 ; Comm. Bruxelles, 14 décembre 1962, *J.C.B.*, 1963, 49 ; Comm. Tournai, 2 décembre 1969, *J.C.B.*, 1971, II, 243 ; Bruxelles, 12 juin 1964, *Pas.*, 1964, II, 178. V. également, pour la doctrine, J. VAN RYN et J. HEENEN, *o.c.*, n° 18.

²² Selon cette théorie, s'intègrent seules dans le contrat les clauses jointes à l'offre initiale, sauf si leur destinataire en rejette l'application. Pour une application par la jurisprudence, voyez notamment Comm. Bruxelles, 21 mars 1969, *R.D.C.*, 1971, 22 ; Comm. Gand, 24 avril 1990, *R.D.C.*, 1991, 555 et note M. STORME. Cette théorie a également été défendue par certains auteurs : V. E. DIRIX et G.L. BALLON, *o.c.*, p. 170, n° 245, e).

²³ Cass. 29 janvier 1996, *Pas.*, I, 1996, 59 : l'acceptation tacite est cependant perçue comme une simple présomption de l'homme, susceptible, en conséquence, d'être renversée.

Une partie de la doctrine²⁴ critique cependant cette dernière thèse, considérant principalement que le silence gardé, même par un professionnel, suite à la réception de documents contradictoires, demeure équivoque et peut être interprété autrement que comme une acceptation, condition pourtant nécessaire à l'entrée dans le champ contractuel.

16.- Ainsi, en droit belge, aucun principe absolu n'est dégagé et que seule une appréciation des faits de la cause permettra de dégager la solution la plus satisfaisante au litige. Le juge devra toujours rechercher la volonté des parties et appliquera l'une ou l'autre théorie en fonction des éléments de fait qui lui sont soumis. Bien que la jurisprudence se voie ainsi dotée d'un large pouvoir, il faut pourtant constater qu'elle reste particulièrement prudente. Le regard qu'elle jette sur les faits est souvent hésitant et les justifications apportées floues. Rares sont les décisions où, expressément et en toute clarté, le juge affirme prendre position pour telle ou telle théorie et motive son choix. Ce qui est certain, en outre, c'est que l'attitude des magistrats reste stricte. Positivement, ceci incitera sans doute les parties à une plus grande diligence, en prenant notamment soin d'attirer l'attention de l'autre sur l'existence des divergences qu'elle entend apporter aux documents antérieurement transmis²⁵.

B. Conclusion

17.- En l'absence de texte légal, les juges belges appréhendent le conflit présenté par des conditions générales contradictoires sous l'angle classique offre/acceptation et s'attachent particulièrement à la recherche de la volonté réelle des parties au moment de la naissance de l'accord. Une volonté avouée de "sauver" le contrat dans la mesure où il peut encore l'être ressort également de l'étude des décisions rendues.

Ainsi, lorsque les clauses unilatérales diffèrent et s'excluent mutuellement, les magistrats ont tendance à considérer qu'aucun accord n'est intervenu sur ce point, considérant alors qu'il y a annulation réciproque des dites stipulations. Le droit commun est quant à lui appelé à combler les lacunes laissées par la disparition des clauses proposées. Il en sera de même lorsque les conditions diffèrent mais restent silencieuses quant à une éventuelle exclusion des autres.

²⁴ A. TUMMERS, *o.c.*, p. 600 ; M. COIPEL, *o.c.*, 1999, p. 47, selon qui, "*après tout, le silence du destinataire peut provenir de ce qu'il sait ne pas être tenu par ce qui n'a pas été porté à sa connaissance avant l'acceptation*". L'auteur invite ainsi les professionnels à renoncer à cette pratique contestable au regard de l'exigence de bonne foi qui consiste à annexer les conditions générales aux factures.

La doctrine a également relevé l'inconvénient de cette thèse qui nuit à la formation des accords, ou, en tout cas, en repousse dans le temps le moment de conclusion : V. E. TEMMERMAN, note sous Comm. Saint-Nicolas, 10 janvier 1967, *Entr. Et Dr.*, 1970, 188 ; A. TUMMERS, *o.c.*, p. 600.

²⁵ Comm. Saint Nicolas, 10 janvier 1967, *J.C.B.*, 1969, p. 150 cité par P. VAN OMMESLAGHE, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1975, p.496, n°42 : Qui déclare seules applicables au contrat les conditions générales de l'acceptant lorsque celui-ci avait pris soin de joindre ses conditions générales à son bon de commande et avait mentionné que ses conditions seules s'appliquaient, rejetant ainsi toutes autres.

Lorsque, au contraire, des clauses ont été adressées au contractant et que celui-ci n'a pas protesté en temps utile, les juges admettent parfois de considérer que le comportement de celui qui s'est tu équivaut à une acceptation tacite des termes proposés, de sorte que les stipulations transmises en dernier pourront prévaloir sur celles antérieurement remises.

En tout état de cause, ce n'est que si la divergence porte sur un point essentiel – objectivement ou de la volonté des parties – du contrat envisagé que la réalité de ce dernier sera déniée.

18.- La recherche de la volonté réelle d'accepter le contenu des conditions générales communiquées²⁶ est déterminante, et, en réalité, la seule règle certaine. Le contrat n'est conclu que s'il existe un accord définitif sur tous les points négociés²⁷. Les contre-propositions ne se fondent alors dans la convention que si elles sont acceptées par les deux parties (*théorie du consensus*). L'attention ainsi portée à la volonté, et ainsi à la réalité ou l'apparence légitime de l'acceptation, n'est certes pas toujours favorable au développement des transactions commerciales.

II. Le droit français

19.- Le législateur français, pas plus que le législateur belge, ne consacre de disposition spécifique au *battle of forms* ni, sur un plan plus général, à la formation des conventions. La seule norme – par ailleurs commune à ces deux États – relative à la validité du contrat, et ainsi aux conditions devant présider à sa conclusion, est l'article 1108 du code civil²⁸. Cet article pose pour principe que toute convention suppose un échange de consentements. À partir de cette exigence, la jurisprudence française a dégagé une interprétation rigoureuse des conditions de formation de l'accord.

²⁶ M. BOSMANS, *o.c.*, 1981, n°30.

²⁷ H. DE PAGE écrivait que, pour refuser tout effet à une clause contractuelle – fut-elle standardisée –, il faut que le juge soit certain, à partir des données de l'espèce, que telle était bien la “ *commune intention des parties* ” (H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, Tome II, p. 558, n°571).

Nous l'avons vu, cette intention suppose alors nécessairement que les parties aient, au minimum, été en mesure de connaître le contenu des clauses contractuelles établies par l'autre. Sans exiger une connaissance effective de celles-ci, la jurisprudence manifeste une certaine rigueur quant à l'appréciation de l'opposabilité des conditions générales. Une collaboration est alors exigée des parties : l'une doit agir de manière raisonnable, et permettre à l'autre d'avoir accès aux normes qu'elle prétend lui imposer. L'autre ne peut pour autant se cantonner dans une attitude de pure passivité, et devra effectuer les démarches nécessaires à cette prise de connaissance si celles-ci ne se révèlent pas déraisonnables. L'appréciation marginale faite de cette condition conduira ainsi, dans certaines circonstances, à sanctionner le comportement de la partie inactive lorsque le juge considère qu'une personne normalement prudente et diligente ne pourrait exciper sa méconnaissance des clauses alors qu'il était en son pouvoir qu'il en soit autrement. V. sur ce point les décisions citées par M. BOSMANS, *o.c.*, *J.T.*, 1981, p. 18, n° 6

²⁸ L'article 1583 du code civil relatif au contrat de vente, et également commun aux deux pays, pose quant à lui pour principe que ce contrat exige un accord sur la chose et sur le prix. La question de l'existence d'un consentement relève de l'appréciation souveraine du juge du fond, sous le contrôle de la Cour de cassation.

20.- Expression par excellence du pouvoir exercé par un contractant sur l'autre, les conditions générales sont regardées avec méfiance par les juges français qui n'hésitent alors pas à tenter de rétablir un équilibre précaire au profit de celui qui est perçu comme le plus faible²⁹. Les relations entre professionnels appellent cependant moins de tels aménagements.

A. Les principes

21.- Tout comme en droit belge, le conflit susceptible de naître entre des conditions générales contradictoires implique que l'on s'interroge préalablement sur l'opposabilité ou l'inopposabilité des clauses et, en ce sens, sur l'acceptation par les parties de leur contenu. Il est admis, en droit français, que l'acceptation puisse tout autant être expresse que tacite, ce qui sera plus aisément le cas entre commerçants. La jurisprudence est en effet plus souple quant à l'appréciation de la réalité d'une acceptation lorsque le contrat met aux prises deux professionnels, censés opérer en toute égalité de force. L'acceptation tacite pourra être déduite du silence gardé, par l'un des partenaires, malgré la réception d'un document susceptible d'influer sur sa situation juridique³⁰.

22.- Pour ce qui est de l'existence de l'accord, la théorie de la contre-offre trouve largement application³¹, même si elle fait l'objet de critiques dénonçant sa "*relative rigidité*"³². Nous avons vu que cette position est également celle de la jurisprudence belge. Cette jurisprudence particulièrement stricte en ce qu'elle fragilise le processus de formation des conventions, s'est dégagée, en France, à partir du conflit souvent présenté entre des clauses attributives de compétence³³.

Ainsi, lorsque la divergence contenue dans les conditions unilatérales porte sur un élément essentiel, le contrat ne se formera que si l'offrant originaire en accepte les termes³⁴.

²⁹ A. TUMMERS, *o.c.*, p. 606.

³⁰ V. notamment H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et Fr. CHABAS, *o.c.*, 1998, pp. 134, 135 et les références citées ; J. SCHMIDT, *o.c.*, 1982, pp. 75 et suivantes, n° 147 et suivants. V. également *supra*.

³¹ Une jurisprudence certaine persiste, en effet, à exiger une adéquation absolue entre les deux volontés et refuse de reconnaître la réalité du contrat lorsque persiste un désaccord, fut-ce sur un point accessoire. V. H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et Fr. CHABAS, *o.c.*, 1998, p.136, n°138 citant notamment Civ., 1^{ère} ch. civile, 26 octobre 1964, *Bull. Civ.*, I, n° 470 ; Civ. 1^{ère} ch., 15 juin 1973, *Bull. Civ.*, I, n° 204. Les auteurs relèvent cependant que la jurisprudence se montre plus souple lorsque l'accord des parties quant à la conclusion du contrat est certain, mais que le contrat est lacunaire.

³² A. TUMMERS, *o.c.*, p. 604.

³³ V. notamment A. HUET, "Relations habituelles d'affaires et acceptation tacite d'une clause attributive de juridiction en droit international privé", in *Le rôle de la volonté dans les actes juridiques, Etudes à la mémoire du Professeur Alfred RIEG*, Bruylant, Bruxelles, 2000, pp. 501 à 516.

³⁴ J. GHESTIN, *o.c.*, p.283, n°319 ; Cass. Fr. Civ., 17 juillet 1967, *Bull. civ.*, III, p. 286, n° 299.

L'acceptation doit en effet, pour former le contrat, être "conforme" à l'offre initiale. On enseigne cependant que cette conformité se limite, tout comme en droit belge, aux éléments objectivement et subjectivement essentiels de sorte que les contradictions secondaires ne font en principe pas obstacle à la naissance de l'accord³⁵. Le conflit de conditions générales tel que nous l'avons défini précédemment peut être appréhendé sous cet angle, dans la mesure où, souvent, les conditions divergentes portent sur un élément pouvant être qualifié de substantiel, empêchant ainsi la formation du contrat. La reconnaissance de l'accord intervenu ne souffre guère de discussion au contraire, lorsque la discorde n'affecte qu'un élément jugé accessoire. Reste cependant alors à s'interroger sur l'incorporation de telles clauses unilatérales dans la sphère contractuelle.

23.- Contrairement au droit belge, le système français ne connaît pas le foisonnement de solutions jurisprudentielles que l'on vient de mettre en exergue. Depuis le début du siècle, en effet, la solution de principe qui prédomine, tant au niveau des juridictions de fond que de la Cour de cassation, reste celle de l'annulation réciproque des conditions générales contradictoires³⁶.

Le principe a été clairement posé pour la première fois, en 1934, lors d'un arrêt de la Chambre des requêtes³⁷. La solution se défendait alors au regard des circonstances de l'espèce, dans la mesure où les parties étaient en présence l'une de l'autre, de sorte que la réalité de leur accord paraissait douteux pour ce qui en était de la clause dont le contenu était contesté³⁸. Un arrêt de la Cour d'appel d'Angers du 9 janvier 1952³⁹, a cependant adopté une solution identique à

³⁵ L. CORNU s'exprimait en ces termes : "il n'est pas exact (...) que la formation du contrat suppose nécessairement que l'accord des parties se soit formé sur toutes les conditions du contrat ; tout dissentiment n'exclut pas la conclusion du contrat" : L. CORNU, *o.c.*, *R.T.D.C.*, 1968, p. 708.

Ce principe est admis tant par la doctrine (not. J. GHESTIN, *o.c.*, 1993, n°321 ; J. SCHMIDT, *Négociation et conclusion des contrats*, Dalloz, Paris, 1982, n° 150-153 ; A. LAUDE, *La reconnaissance par le juge de l'existence du contrat*, P.U.A.M., Aix-Marseille, 1992, n°397 et suivants) que la jurisprudence (not. Requ., 20 janvier 1941, *D.C.*, 1942, *Jurisprudence*, 155, obs. L. MAGUET).

³⁶ M.R.WILL, "Conflits entre conditions générales de vente", in *Les ventes internationales de marchandises - Problèmes juridiques d'actualité*, Colloque de la Fondation internationale pour l'enseignement du droit des affaires, Aix-en-Provence, 7-8 mars 1980, Ed. Economica, Paris, 1981, p.100 ; Ch. MAHE, *o.c.*, pp. 1 et suivantes.

³⁷ Requ., 5 février 1934, *Dromain c. Chanfrau, G.P.*, 1934 (1^{er} sem.), *Jurisprudence*, pp. 638-639 et S., 1934, I, 110. Il est intéressant de relever que la Cour de cassation se réfère, pour aboutir à cette conclusion, expressément à l'article 1134 du code civil.

³⁸ Les faits étaient les suivants : Une personne achète une voiture et signe le bon de commande que lui présente le vendeur. Une clause de ces conditions générales stipule qu'en cas de litige, les tribunaux de la Seine sont seuls compétents. Or, le même jour, et alors que les parties étaient en présence l'une de l'autre, le vendeur signe le reçu de la somme due, reçu sur lequel une clause déterminait la compétence des tribunaux de Laigle. Il fut admis que, l'intention des parties de se soumettre à la compétence de telle ou telle juridiction n'étant pas univoque, les clauses s'annulaient.

³⁹ Angers, 9 janvier 1952, *Dalloz*, 1952, p.404 ; *R.T.D.Comm.*, 1952, 549. Ce principe est réaffirmé depuis de manière constante : V. not. Cass.Comm., 20 novembre 1984, *Bull. Civ.*, 1984, IV, p. 253.

l'hypothèse où les parties n'étaient pas présentes. La Cour considéra que, "(...) même entre commerçants, les clauses marginales de la correspondance ne sont opposables au destinataire que s'il les a acceptées au moins tacitement ; (...) dans la pratique, les efforts déployés par tous les commerçants pour s'assurer d'avance le bénéfice de la juridiction locale se trouvent simultanément neutralisés par les efforts analogues et contraires des autres commerçants."

L'idée est alors que "deux clauses contradictoires (...) ne font point apparaître l'intention certaine et non équivoque des parties (...) ces clauses doivent être annulées pour rendre le droit commun applicable"⁴⁰. La jurisprudence en atteste. Les juges ont, en effet, à cœur de rechercher l'intention réelle des parties au contrat, rapprochant ainsi la solution de celle dégagée en droit belge (cfr *supra*).

Ainsi, selon cette jurisprudence, lorsque les stipulations contractuelles sont concordantes, la reconnaissance de l'accord intervenu ne souffre aucune hésitation. Par contre, lorsqu'elles présentent quelque contradiction, elles s'annulent généralement, ce qui implique que l'on en revienne, pour les points annulés, au droit commun. Lorsque les stipulations sont uniquement prévues dans les conditions générales d'une des parties contractantes, ces dernières s'appliquent pour autant que l'autre partie ne s'y soit pas opposée au moment où elle en a pris connaissance ou devait en avoir pris connaissance.

24.- Si le droit français est souvent apparu comme un des partis les plus rigoureux en ce qui concerne la solution apportée au *battle of forms* - en raison de l'attention portée à la volonté profonde des parties -, une étude de la jurisprudence dévoile cependant que l'application du principe reste nuancée. Toute stipulation contraire ne suffit pas à anéantir les dispositions antérieurement communiquées. Certaines règles ont en effet été posées en vue d'entourer le principe posé.

Tout d'abord, nous l'avons dit, si le principe de l'annulation réciproque reçoit un écho, son application n'entraîne pas nécessairement l'anéantissement entier du processus de formation⁴¹. La contradiction portant sur des éléments accessoires ne fait en effet pas toujours obstacle à la naissance de l'accord.

En outre, pour que les clauses s'annulent, il faut qu'elles soient réellement incompatibles sur le fond et la forme. Il est en effet intéressant de constater que, tout comme c'est le cas en droit belge, la jurisprudence française témoigne d'une volonté de s'assurer d'un certain équilibre entre les clauses portant un contenu divergent, non seulement en ce qui concerne le fond de la clause (contradiction des termes), mais également pour ce qu'il en est de sa forme. Ainsi, a-t-il

⁴⁰ M.R. WILL, *o.c.*, p.100.

⁴¹ J.L. AUBERT, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation*, Thèse, Paris, L.G.D.J., 1970, n°289.

été décidé, au début du XX^{ème} siècle, qu'une mention faite en marge du document par un vendeur avait moins de valeur que la clause écrite expédiée quelques jours plus tard par l'acheteur⁴². Dans le même sens, devait prévaloir la clause insérée, par le vendeur, dans le corps même du bon de commande par rapport à la mention faite précédemment par l'acheteur, mais en marge et en petits caractères, lorsque ce dernier exécute le contrat sans soulever d'objection. Il ne pouvait, dans ce cas, s'agir pour le vendeur d'une contestation "utile et valable". Toujours dans ce même esprit, la Cour de cassation de France a, en 1964, considéré que le fait pour une partie d'insérer au verso du bon de commande, et en petits caractères, une clause contredisant une clause stipulée par le vendeur sur son document commercial de façon très apparente ne suffit pas à exclure l'application de cette dernière.

25.- Cette jurisprudence atteste de ce que la question du *battle of forms* va ici aussi nécessairement de pair avec celle de l'opposabilité des conditions unilatérales, et de l'assurance de la connaissance effective ou raisonnable de celles-ci. Elle invite le juge à s'assurer qu'aucun doute ne subsiste quant à la réalité d'une "*intention bien arrêtée et intransigeante*"⁴³ d'un des contractants. Comme certains l'ont relevé, cette jurisprudence conduit à considérer qu'en réalité, triomphera celui qui "*crie le plus fort*"⁴⁴.

26.- La jurisprudence récente de la Cour de cassation française témoigne d'une volonté croissante d'encadrer de manière stricte l'émission de réserves à l'accord. En refusant de donner effet à des réserves implicites⁴⁵, elle exige que l'attention du contractant soit attirée sur la contradiction de sorte que son consentement ne pourra être reconnu que si le premier qui a émis ses conditions ne pouvait raisonnablement ignorer que l'autre partie avait entendu en exclure l'application.

Un arrêt du 28 avril 1998⁴⁶ mérite également notre attention. Une société - STAAT - émet une offre de vente à laquelle répond positivement une seconde, la société CHATEAUNEUF. Cette dernière annexe cependant à son acceptation un formulaire reprenant ses conditions générales

⁴² R. WILL, *o.c.*, p.102, n°1 citant *Trib. Comm. Cambrai*, 10 avril 1912, *G.P.*, 1912, 2, 139.

⁴³ Termes repris à la décision rendue par le Tribunal de Grande instance de Saint Etienne dans un jugement rendu le 23 juin 1931, en cause *Société MONTAGNON c. Société PICARDIE*, *G.P.*, 1932 (1^{er} sem.), *Jurisprudence*, p. 354. Dans le même sens, v. not. C.A. Paris, 25 septembre 1986, *R.J.C.*, 1989 et obs. C. GALLAIT.

⁴⁴ Ch. MAHE, *o.c.*, p. 23 relevait sur ce point que "*Maître POCHON notait, dès 1961, que le fait que la primauté accordée par le juge à la volonté la plus expresse, s'engage alors entre les contractants une lutte où chacun s'efforce par des mentions les plus complètes ou plus adroitement rédigées, non seulement de neutraliser les clauses adverses, mais encore à prendre l'avantage et à imposer les siennes*" qui cite les propos de M. POCHON, en note sous Civ., 16 novembre 1961, *MOUNET C. JAMBACCHI*, *D.*, 1962, *Jurisprudence*, 421. V; également pour les critiques émises M. et J.M. MOUSSERON, *Le droit français nouveau de la transparence tarifaire, Conditions générales - Factures*, Litec, Paris, 1993, n° 97-109.

⁴⁵ Cass. Fr., 1^{er} juillet 1998, *Dalloz*, *Jurisprudence*, 1999, pp. 170 et suivantes et note L. BOY.

⁴⁶ Cass. Fr., 28 avril 1998, *R.J.D.A.*, n°938, 1998.694, cité par J. MESTRE, *R.T.D.C.*, 1999/1, pp. 81-82.

et prévoyant notamment sa faculté d'annuler la commande si le vendeur n'accuse pas réception de celle-ci dans un délai de 8 jours. Une dizaine de jours plus tard, la société CHATEAUNEUF prétend annuler son acceptation, par application de ses conditions générales, ce que refuse formellement la société STAAT qui se prévaut de la conclusion du contrat. Les juridictions de fond suivent la première thèse. La Cour de cassation censure cependant, considérant que le contrat s'est effectivement formé au moment de l'acceptation - faite sans réserve - de la société CHATEAUNEUF. La question suscitée par la communication, simultanée à l'acceptation, de conditions générales est, selon elle, secondaire. Elle se limite à la détermination du contenu du contrat, et, en ce sens, elle invite uniquement à s'interroger sur le fait de savoir si le vendeur a, ou non, accepté d'y incorporer les conditions générales. Ce faisant, la haute juridiction subordonne l'application des conditions générales au fait que celui qui les émet attire, dès le départ, l'attention de l'autre partie sur la précarité de son acceptation, de sorte que la formation du contrat en aurait alors dépendu. On peut également percevoir dans cet arrêt une volonté certaine de la Cour suprême de privilégier tant que faire se peut la formation du contrat.

27.- Il reste que l'appréciation de l'opposabilité des conditions générales à celui à qui on entend les opposer sera plus ou moins stricte selon la qualité des parties en litige et particulièrement selon la qualité de celui qui devra se soumettre à la rigueur de leur contenu. La question du *battle of forms* étant confinée, encore aujourd'hui⁴⁷, aux relations entre professionnels, il faut constater une plus grande souplesse de la jurisprudence dans l'appréciation du caractère opposable de la clause en litige. Les usages commerciaux invitent en effet les juges à ajuster leur raisonnement aux nécessités propres de ce genre de transactions où, en principe, les parties sont à même de défendre leurs intérêts particuliers. Ainsi, en matière commerciale, le silence gardé après la communication d'éléments contradictoires mentionnés dans une lettre de confirmation équivaut à un acquiescement⁴⁸. Il en est de même à l'égard des stipulations nouvelles présentes dans une facture lorsque les parties sont en relations d'affaires suivies⁴⁹.

⁴⁷ Il est en effet envisageable que certaines associations protectrices des consommateurs élaborent des conditions générales contractuelles propres aux acheteurs non professionnels.

⁴⁸ J. GHESTIN et B. DESCHE, *Traité des contrats, La vente*, LGDJ, Paris, 1990, n° 247. V. également Cass. Comm., 5 mars 1991, *Bull. Civ.*, IV, n°96 (clause attributive de juridiction) ; Cass. Comm. 10 janvier 1989, *Bull. Civ.*, IV, n°20 ; Cass. Civ., 3 décembre 1974, *Bull. Civ.*, I, n° 321 (relations suivies d'affaires - sur ce point, voir cependant Cass. Civ., 30 juin 1992, *Bull. Civ.*, I, n° 203 qui refuse l'acceptation tacite d'une clause attributive de juridiction).

Notons qu'en principe, les clauses attributives de juridiction font l'objet d'un régime particulier imposé par les Conventions de Bruxelles et de Lugano, lesquelles ne l'admettent que dans des cas exceptionnels découlant des usages, que ce soient ceux du secteur concerné ou ceux qui se sont dégagés des relations antérieures développées entre les parties. V. sur ce point A. HUET, *o.c.*, 2000, p. 503 - 504 et les références citées.

⁴⁹ V. notamment Civ., 7 novembre 1956, *G.P.* (1^{er} sem.), 1957, *Jurisprudence*, pp. 227-228, *D.*, 1957, *Somm.*, p. 67 et *R.T.D.Comm.*, 1957, n°11 ; C.A. Lyon, 10 juillet 1919, *D.P.*, 1920, II, 87. J. GHESTIN, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, L.G.D.J., Paris, 1993, p. 389, n° 224.

B. Conclusion

28.- Le pouvoir que s'arroge le juge de rechercher l'intention des parties, en vue de conclure à la neutralisation des clauses divergentes ou à l'application exclusive de l'une d'elles, est étendu. Bien souvent, *"le juge ne se borne pas à interpréter la volonté réelle des parties mais il reconstruit le contrat comme auraient dû le construire les commerçants dont la diligence ne serait jamais prise en défaut"*⁵⁰. Malgré une attitude plus dirigiste, le juge français, tout comme le juge belge, n'exclut cependant jamais une approche concrète des faits qui lui sont soumis. L'annulation réciproque jouera alors comme un remède ultime, lorsque ne peut être dégagée aucune acceptation, expresse ou tacite, et où demeurent, en conséquence, inconciliables les positions défendues par les deux parties. Le silence est alors bien lourd de sens.

III. Le droit néerlandais⁵¹

A. Les principes

29.- Sans surprise, le droit néerlandais, appréhende la formation du contrat comme la rencontre d'une offre et d'une acceptation⁵² (articles 6-217 et 6-225, alinéa 1^{er} et 2). Contrairement aux droits belge et français, qui offrent des solutions exclusivement jurisprudentielles et doctrinales, le code civil néerlandais consacre une disposition expresse au conflit de conditions générales, tout comme il en définit préalablement la notion. Cette attitude a permis de mettre un terme au vide antérieur, qui avait cautionné des applications jurisprudentielles très divergentes, aucune solution de principe ne pouvant être dégagée.

⁵⁰ A. TUMMERS, *o.c.*, p. 605.

⁵¹ Nous nous référons, pour l'exposé qui suit, principalement aux sources suivantes : ASSER-HARTKAMP, *Verbintenissenrecht, Algemene leer der overeenkomsten*, W.J.E. Tjeenk Willink, Zwolle, II, 2001, n° 354 ; ASSER-SCHUT-HIJMA, 1994, n°178 ; BLOEMBERGEN/VAN DAM/HIJMA/VALK, *Rechtshandeling en overeenkomst*, 1998, n° 76 ; B. WESSELS et R.H.C. JONGENEEL, *Algemene voorwaarden*, 1997, pp. 30-35 ; Chr. MAHE, "Conflit de conditions générales : quelle tactique adopter ?", *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 1.1., novembre 1997, <http://law.kub.nl/ejcl/11/art11-2.html>, 52 pages.

⁵² Ou, comme nous l'avons remarqué *supra* par la concordance entre l'offre faite et le comportement adopté par son destinataire lorsque son contractant pouvait raisonnablement, dans les circonstances de l'espèce, y voir une véritable acceptation ferme (article 3-35 : *vertrouwensbeginself*). Comme le relevaient HARTKAMP et TILLEMA, *"the intention can be expressed by spoken or written words, gestures, signs, conduct and even by not acting if this inspire reliance in the other party that the intention is directed towards the making of a contract"* HARTKAMP et TILLEMA, 1995, n°39 ; H.C.F. SCHOORDIJK, *Het algemeen ...*, 1979, Kluwer, Afdeling 2, art. 6.5.2.1 et suivants : *"Een overeenkomst komt tot stand door aanbod en aanvaarding"*. V. également A.S. HARTKAMP, *Vermogensrecht volgens het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Compendium*, Kluwer, Deventer, 1999, spécialement pp. 355 et suivantes, n° 358 et suivants.

30.- L'article 231, alinéa a, livre 6, précise que par "conditions générales" il faut entendre "une ou plusieurs stipulations écrites, formulées en vue de leur inclusion dans un certain nombre de contrats, à l'exception de celles qui décrivent les prestations essentielles"⁵³. Selon l'article 225, livre 6, alinéa 3⁵⁴, ensuite, "lorsque l'offre et l'acceptation renvoient à des conditions générales divergentes, le second renvoi ne produit aucun effet, à moins que l'application des conditions générales contenues dans le premier renvoi n'ait été expressément rejetée"⁵⁵.

1. Le champ d'application de la règle

31.- La consécration formelle d'une disposition propre au *battle of forms* est heureuse - même si elle fut discutée⁵⁶ - dans la mesure où elle permet de dégager une solution certaine à toute une série de conflits⁵⁷. Il reste qu'elle ne résout pas toutes les hypothèses susceptibles de

⁵³ Traduction libre de :

"In deze afdeling wordt verstaan onder :

(a) *algemene voorwaarden* : een of meer schriftelijke bedingen die zijn opgesteld teneinde in een aantal overeenkomsten te worden opgenomen, met uitzondering van bedingen die de kern van de prestaties aangeven

(b) (...) "

⁵⁴ Selon l'article 6-225, en effet, :

"1. Een aanvaarding die van het aanbod afwijkt, geldt als een nieuw aanbod en als een verwerping van het oorspronkelijke.

2. Wijkt een tot aanvaarding strekkend antwoord op een aanbod daarvan slechts op ondergeschikte puntent af, dan geldt dit antwoord als aanvaarding en komt de overeenkomst overeenkomstig deze aanvaarding tot stand, tenzij de aanbieder overwijd bezwaar maakt tegen de verschillen.

3. Verwijzen aanbod en aanvaarding naar verschillende algemene voorwaarden, dan komt aan de tweede verwijzing geen werking toe, wanneer daarbij niet tevens de toepasselijkheid van de in de eerste verwijzing aangegeven algemene voorwaarden uitdrukkelijk van de hand wordt gewezen".

⁵⁵ Notons encore l'importance de l'article 6-233 (b) qui, combiné avec l'article 6-234, impose au déclarant de porter à la connaissance de l'autre partie ses conditions générales, notamment par la remise d'un exemplaire avant ou au plus tard au moment de la conclusion du contrat.

⁵⁶ Dans la mesure où les alinéas 1 et 2 de l'article 225 appréhendent le sort réservé à une discordance entre l'acceptation et l'offre, certains auteurs avaient en effet relevé l'inutilité d'une règle relative à l'hypothèse particulière visée à l'alinéa 3 et qui pouvait, selon eux, valablement être résolue sur la base du principe général.

⁵⁷ La question s'est notamment posée de savoir si cette disposition, et particulièrement son troisième alinéa, trouvait également application lorsque l'offre a été précédée d'une invitation à émettre une offre. Sur ce point, cependant, le gouvernement considéra "voorst heeft de commissie de vraag gesteld of de regel van het derde lid van het onderhavige artikel ook geldt indien het aanbod dat is gevolgd op een uitnodiging tot het doen van een aanbod, en die uitnodiging naar verschillende algemene voorwaarden verwijzen. Het derde lid is op dit geval niet rechtstreeks van toepassing, maar er is alle aanleiding om in het beschreven geval dezelfde gedachtengang te volgen. Aangenomen dat uit de uitnodiging duidelijk was dat aan de personen tot wie zij was gericht, een aanbod werd gevraagd tot het aangaan van een overeenkomst op de in de uitnodiging vermelde algemene voorwaarden, ligt het in beginsel op de weg van degene die op de uitnodiging wensen in te gaan, maar toepasselijkheid van hun eigen, afwijkende algemene voorwaarden willen bedingen, om dit duidelijk kenbaar te maken. Te bedenken valt dat het hier in wezen om een uitwerking van de vertrouwensgedachte van artikel 3.2.3.

se présenter en pratique. Son champ d'application est limité et les solutions qu'elle énonce non dépourvues d'équivoque.

32.- Tout d'abord, la référence, dans la définition même des conditions générales, aux "prestations essentielles" est intéressante, dans la mesure où elle exclut du champ de la règle toutes les clauses unilatérales dont le contenu affecte les prestations "caractéristiques" (*kernbeding*) du contrat⁵⁸. Celles-ci restent soumises aux principes énoncés quant à la formation des accords, et ainsi appréhendée sous l'angle offre / acceptation. Seules les clauses affectant des éléments secondaires seront alors soumises au principe énoncé à l'alinéa 3. On peut également en déduire qu'aux yeux du législateur néerlandais, une contradiction mineure ne fait en principe pas obstacle à l'existence de la convention. Cette conception est identique aux règles que nous avons dégagées en droits belge et français.

33.- Ensuite, l'emploi, dans l'article 6-225, de la notion de "renvoi" limite encore davantage le champ d'application de la règle qu'il pose, attestant du souci de viser exclusivement les contrats standardisés. L'hypothèse envisagée est en effet celle où les contractants se communiquent, successivement, leurs intentions concordantes de conclure, mais y mentionnent un renvoi à leurs conditions propres qui, seules, manifestent une contradiction encore clandestine. La question est ainsi posée sous un angle particulier puisque ne semble pas envisagé directement le conflit entre le contenu des clauses particulières⁵⁹.

34.- De plus, le gouvernement a pris soin de relever que le conflit envisagé par cette disposition se confine à la conclusion d'un contrat "*par un échange de lettres et où le papier commercial de chacune des parties comporte une clause imprimée de renvoi à leurs propres conditions générales*"⁶⁰. Une lecture restrictive de cette référence a en outre amené certains auteurs à affirmer que l'article 6-225 ne pouvait trouver application lorsque fait défaut un échange de lettres (*een "briefwisseling"*), par exemple lorsque l'offre et l'acceptation sont concomitantes. Une telle limitation du champ de la règle nous paraît regrettable, même s'il est certain que la non-applicabilité de cette disposition ne devrait pas avoir une grande incidence

gaat, betrokken op de uitleg van het betreffende aanbod" (MvA II, PG NBW, *Invoering boeken 3-6*, boek 6, blz.1438. V. également Hoge Raad der Nederlanden, 13 juillet 2001, ZC 3632, R.G. 315 HR.

⁵⁸ V. A.S. HARTKAMP (*Vermogensrecht volgens het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Compendium*, Kluwer, Deventer, 1999, p. 365, n°366b) selon qui "*het begrip 'kernbeding' moet beperkt worden uitgelegd : het omvat in beginsel alleen de essentialia van de overeenkomst, dat wil zeggen de bepalingen zonder welke de overeenkomst bij gebreke van voldoende bepaalbaarheid niet tot stand zou komen (art.6:227), alsmede de prijs*". V. encore ASSER-HARTKAMP, *o.c.*, II, n° 349 et suivants.

⁵⁹ Ch. MAHE, *o.c.*, p. 7.

⁶⁰ MVA II, P.G. Boek 6, p. 892 cité par Ch. MAHE, *o.c.*, p. 7.

pratique dans la mesure où le droit commun des articles 3-33⁶¹ et 3-35⁶² ("*Vertrouwensbeginsel*") sera appelé à suppléer aux éventuelles lacunes du texte⁶³.

Dans toutes les hypothèses où l'article 6-225 ne peut trouver application, par exemple parce que les émissions de volontés sont simultanées ou lorsque l'on ne peut en qualifier une d'acceptation, une solution analogique devra être recherchée.

2. La portée de la règle

a) Incidence du battle of forms sur l'existence de la convention

35.- Le législateur néerlandais a fait le choix d'une disposition spécifique pour appréhender les hypothèses où la rencontre de volontés est entachée d'un vice qui pourrait en anéantir l'effet formateur. Idéalement, la *mirror image rule* voudrait que les parties joignent leurs volontés dans un même sens, qu'elles soient mues par une volonté unique. Or, nous le savons, la réalité est souvent tout autre. Les parties poursuivent fréquemment des intérêts distincts et nombreux sont les cas où seul est commun leur consentement quant aux éléments principaux du contrat : nature de celui-ci, objet, prix des marchandises ...

L'article 6-225 tente de donner une réponse satisfaisante à ces situations, dans le sens d'un souhait de reconnaître, tant que faire se peut, l'existence de la convention. Ainsi, ce n'est que si la contrariété entre l'offre et l'acceptation porte sur des points essentiels qu'elle empêchera le contrat de se former. Pareil refus de l'offre initiale constitue une nouvelle offre, frappant de caducité la première qui avait été émise (alinéa 1^{er}). Lorsque, cependant, la contrariété ne touche qu'à un élément jugé "mineur", l'accord est conclu et les clauses contenues dans l'acceptation modalisée se fondent automatiquement dans le contrat, à moins que, sans délai, l'offrant originaire ne s'y oppose (alinéa 2).

L'alinéa 3, qui envisage spécifiquement le conflit de conditions générales, pourrait fonder, selon une majorité de la doctrine⁶⁴, le refus d'une reconnaissance de l'accord formé sous deux conditions. Ce sera le cas lorsque les parties s'opposent systématiquement et expressément à

⁶¹ Selon cette disposition, "*een rechtshandeling vereist een op een rechtsgevolg gerichte wil die zich door een verklaring heeft geopenbaard*".

⁶² Selon cette disposition, "*tegen hem die eens anders verklaring of gedraging, overeenkomstig de zin die hij daaraan onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijze mocht toekennen, heeft opgevat als een door die ander tot hem gerichte verklaring van een bepaalde stekking, kan geen beroep worden gedaan op het ontbreken van een met deze verklaring overeenstemmende wil*".

⁶³ Ch. MAHE, *o.c.*, p. 8.

⁶⁴ Ch. MAHE, *o.c.*, p. 20. Cette thèse n'est cependant pas unanimement admise, certains auteurs admettant que le contrat soit conclu. Il comprendrait alors les seules dispositions des conditions générales qui sont communes aux deux parties, le reste étant nécessairement régi par le droit commun des obligations.

l'application des conditions imposées par l'autre et qu'aucune de leurs déclarations ou de leurs comportements ne peut être interprété comme valant acceptation de l'offre initiale. Au-delà de cette hypothèse, pareil conflit ne serait pas en mesure d'influer sur l'existence même de l'accord.

b) Contenu de la convention

36.- Selon l'alinéa 3 de l'article 6-225, "*lorsque l'offre et l'acceptation renvoient à des conditions générales divergentes, le second renvoi ne produit aucun effet, à moins que l'application des conditions générales contenues dans le premier renvoi n'ait été expressément rejetée*".

La question du contenu à reconnaître à la notion de "rejet exprès" doit, de prime abord, être posée, en ce qu'en dépendra la solution du litige. L'application des conditions émises en premier lieu pouvant être obviée par la volonté expresse en ce sens de leur destinataire, il importe en effet de savoir dans quelles circonstances un tel rejet sera reçu. Comme le relève Ch. MAHE⁶⁵, les exigences de formes imposées sont interprétées de manière variable par les auteurs. Ce qui est certain, et la volonté du gouvernement allait dans ce sens, c'est que la clause de style insérée dans les conditions générales communiquées ultérieurement selon laquelle elles s'appliquent à l'exclusion de toutes autres ne sera jamais suffisante⁶⁶. La thèse qui semble la plus conforme à la volonté exprimée par les auteurs du projet semble être, en effet, de considérer qu'il faut, mais qu'il suffit, que ce rejet ne puisse échapper à l'attention raisonnable de l'offrant originaire⁶⁷. L'importance concrète de cette exigence pour celui qui communique des conditions contradictoires à celles en sa possession ne semble cependant en

⁶⁵ Ch. MAHE, *o.c.*, p. 26 et les références citées sur ce point.

⁶⁶ Il en est dès lors *a fortiori* de même lorsque les deux parties se bornent à faire référence à leurs propres conditions générales. Il est intéressant de se référer, relativement à cette question, à un récent arrêt de la Cour de cassation néerlandaise rendu le 13 juillet 2001 (Hoge Raad der Nederlanden's-Gravenhagen, 13 juillet 2001, ZC 3632, R.G. 99/315 HR, HARDSTAAL HOLDING B.V.). Dans l'espèce soumise à la Cour de cassation, le juge d'appel amené à rechercher quelles conditions, parmi plusieurs échangées par les parties, étaient d'application, considéra ce qui suit :

"Vaststaat dat de eerste verwijzing naar algemene voorwaarden is gedaan door verweerster, terwijl niet is gesteld of gebleken dat Hardstaal de algemene voorwaarden van verweerster uitdrukkelijk van de hand heeft gewezen. Een algemene verwijzing zoals in dit geval op het briefpapier van Hardstaal naar haar algemene voorwaarden kan niet gelden als een 'uitdrukkelijk van de hand wijzen'. Dit brengt mee dat de hiervoor genoemde algemene voorwaarden van verweerster op de onderhavige rechtsverhouding van toepassing zijn". En réalité, le problème posé à la Cour de cassation portait davantage sur la question de savoir si l'article 6-225 est également applicable lorsque l'émission de l'offre a été précédée de celle d'une invitation à l'offre. Contrairement à ce qu'avait soutenu la Cour d'appel, la Cour suprême considéra que cette disposition *"ook van toepassing is in het zicht hier voordoende geval dat het aanbod dat is gevolgd op een uitnodiging tot het doen van een aanbod, en die uitnodiging naar verschillende algemene voorwaarden verwijzen."*

⁶⁷ B. WESSELS et R. JONGENEEL, *Algemene voorwaarden*, W.E.J. Tjeenk Willink-Zwolle, 1997, n°57 ; Ch. MAHE, *o.c.*, p. 26, note n° 128.

elle-même soumise à aucun formalisme particulier⁶⁸. La Cour de cassation néerlandaise avait par ailleurs admis, avant l'adoption du nouveau code civil, que de telles volontés puissent être exprimées oralement, malgré les difficultés de preuve qu'une telle position engendre. Cette souplesse extrême au niveau de l'opposabilité des clauses tranche avec le formalisme rigoureux recherché par les juges belges et français. Ainsi est-il nécessaire que le rejet des premières conditions communiquées soit susceptible d'être connu par l'offrant originaire et ce, afin qu'il puisse lui-même prendre attitude.

L'article 6-225, alinéa 3 consacre ainsi formellement la théorie du *first shot*, bien que sa rigueur puisse être affaiblie dans certaines circonstances. Si l'acceptant se borne à envoyer ses conditions contractuelles sans attirer l'attention de l'autre partie sur leur application exclusive, les premières conditions communiquées trouveront seules application, les secondes étant dépourvues d'effet. Il en sera de même si le destinataire de l'offre initiale garde le silence, et ne mentionne, dans ses documents contractuels, aucun rejet des premières conditions reçues. Au contraire, primeront les conditions générales jointes au second envoi lorsqu'elles mentionnent expressément qu'elles s'appliquent à l'exclusion des conditions préalablement transmises (application de la théorie du *last shot*, subordonnée à une condition de forme).

37.- Le texte de l'article 6-225 soulève cependant quelques interrogations. Premièrement, le législateur néerlandais semble en effet n'avoir envisagé que l'hypothèse du silence de l'émetteur des premières conditions générales. Il reste, par contre, muet quant à au sort à réserver au cas où ce dernier, recevant l'acceptation de l'autre partie et la manifestation de sa volonté de voir appliquer exclusivement ses propres conditions, y formule une objection et maintient sa volonté - contradictoire - de ne conclure que moyennant l'acceptation des termes unilatéralement définis par lui. Faut-il admettre que, dans ce cas, le problème est susceptible de rebondir indéfiniment si chacune des parties proteste à l'application des conditions communiquées par l'autre ? Deux thèses ont été avancées pour résoudre ce type de litige⁶⁹. La première, dénommée en droit néerlandais "*langste adem theorie*" ou théorie "*du plus enduring*", fait triompher celui qui reste sur sa position et ne pose aucun acte d'exécution. Ce faisant, le premier qui manifestera une faiblesse, en exécutant la convention ou en adoptant un comportement pouvant être interprété comme une acceptation tacite, succombera. Selon une seconde thèse, aucune des deux parties ne doit être privilégiée dans la solution du litige. Les clauses communes se voient alors seules reconnaître une nature contractuelle, alors que celles qui divergent s'annulent réciproquement en raison de leur caractère "parasite" (application de la théorie de l'annulation réciproque).

⁶⁸ H.R., 20 novembre 1981, *N.J.*, 1982, 517, *Affaire HOLLEMAN/DE KLERK*. L'actualité de l'applicabilité de cette règle prétorienne, dégagée avant l'adoption du Nouveau Code civil néerlandais, reste discutée : Ch. MAHE, *o.c.*, p. 9, notes 48-49.

⁶⁹ Ch. MAHE, *o.c.*, p. 27.

Ensuite, la solution à défendre en l'absence même de réaction de l'offrant originaire n'est pas davantage certaine. La seule certitude réside dans le fait que, si le rejet est exprès, la théorie du *first shot* tombe. Mais ce n'est cependant pas pour autant que trouveront application les seules conditions émises par l'auteur de ce rejet. Le gouvernement a en effet considéré qu'en ce cas, les alinéas 1^{er} et second de l'article 6-225 pouvaient seuls fonder une solution⁷⁰. Cette prise de position, qui semble en porte-à-faux par rapport à la volonté exprimée de fournir au *battle of forms* une solution "sur mesure", conduit à considérer que la réponse comportant le rejet sera qualifiée d'acceptation ou de nouvelle offre selon que la contradiction qu'elle énonce porte sur un élément accessoire ou principal. Si le juge retient la première qualification seulement, la règle du *last shot* trouvera à s'appliquer.

B. Conclusion

38.- Tout comme en droits belge et français, une contradiction mineure n'empêche en principe pas la formation de l'accord. La *mirror image rule* n'est ainsi appliquée dans toute sa rigueur que lorsque les parties ne sont pas parvenues à un accord quant aux "*prestations essentielles*" du contrat qu'elles envisagent. Cette position s'autorise directement de la définition réservée, en droit néerlandais, à la notion de conditions générales.

39.- Lorsque la divergence porte sur un élément mineur, et si, malgré l'émission de conditions contradictoires, le juge conclut à l'existence de la convention, seront susceptibles de trouver application :

- les premières conditions générales communiquées si l'autre partie n'en rejette pas expressément l'application ;
- les secondes conditions générales communiquées, en cas de rejet exprès par leur auteur des premières conditions communiquées et en l'absence de protestation de l'offrant originaire ;
- les conditions communes aux deux parties (première thèse - annulation réciproque) *ou* celles de celui qui les communique en dernier lieu (seconde thèse - *last shot*), en cas de rejets exprès réciproques

⁷⁰ Ch. MAHE, *o.c.*, p. 27.

IV. Le droit allemand⁷¹

40.- En droit allemand, tout comme dans les droits nationaux que nous venons d'analyser, la formation du contrat suppose la rencontre de deux volontés concordantes, l'offre (*Antrag*) et l'acceptation (*Annahme*). Lorsque la seconde ne correspond pas parfaitement à la première, une distinction est opérée par les juristes allemands entre les contrats dits "individuels" - ou négociés - et les contrats "standardisés". Les premiers sont soumis aux §§ 145 à 157 du BGB, alors que les seconds voient leur réglementation contenue dans la loi du 9 décembre 1976⁷² lorsqu'ils lient un consommateur à un professionnel et dans les préceptes jurisprudentiels lorsqu'il s'agit de rapports entre deux commerçants.

A. Les principes

41.- Le droit allemand offre aux juristes un raisonnement très systématique au règlement du conflit de conditions générales. Les solutions admises y sont plus nuancées, et trouvent appui sur une jurisprudence particulièrement abondante⁷³.

42.- La question de l'inclusion des conditions générales dans le contrat fait en effet l'objet, en droit allemand, de règles riches qui trouvent, pour la plupart, leurs correspondants en droits belge et français. Ainsi, l'opposabilité de telles clauses unilatérales ne sera admise que pour autant, en principe, que les volontés aient également concordé sur leur contenu. Ceci suppose ainsi que chacune des déclarations de volonté, qu'il s'agisse de l'offre ou de l'acceptation, contiennent une référence claire à leur existence⁷⁴. De mêmes, ces clauses demeurent

⁷¹ Voyez notamment Cl. WITZ, *Droit privé allemand, Notes juridiques, Droits subjectifs*, Litec, Paris, 1992, p.156 et s. et p.172; J. DELACOLLETTE, *Les contrats de commerce internationaux, Droit et Economie*, 3ème édition, Larcier, Bruxelles, 1996, p.17; M. PEDAMON, *Le contrat en droit allemand*, L.G.D.J., 1993, pp. 37-39 ; D. BEN ABDERRAHMANE, *Le droit allemand des conditions générales des contrats dans les ventes franco-allemandes*, L.G.D.J., 1985 ; Cl. WITZ, "La protection de la volonté par le principe de transparence en droit allemand des conditions générales", in *Le rôle de la volonté dans les actes juridiques, Etudes à la mémoire du Professeur Alfred RIEG*, Bruylant, Bruxelles, 2000, pp. 989 à 914.

⁷² Par "conditions générales", il faut entendre, conformément à l'article 1^{er} de cette loi "(...) toutes les conditions contractuelles qui sont formulées par avance pour une multitude de contrats, que l'une des parties (stipulant) pose à l'autre lors de la conclusion du contrat. Il importe peu que les dispositions forment une partie spéciale extérieure au contrat ou qu'elles soient incorporées dans le document contractuel lui-même ; peu importe également leur étendue, le mode d'écriture et la forme du contrat". Sont ainsi seuls exclus les accords individuels, c'est-à-dire ceux dont les termes ont fait l'objet d'une négociation entre les parties.

⁷³ Nous aborderons dans cette partie uniquement les règles générales admises par la doctrine et la jurisprudence allemandes au conflit des conditions générales contradictoires et laisserons volontairement de côté les règles plus particulières qui régissent le sort de la clause de réserve de propriété. Concernant ces dernières clauses, en effet, des règles particulières ont été dégagées par la jurisprudence. V. sur ce point M. PEDAMON, *o.c.*, p. 60.

⁷⁴ D. BEN ABDERRAHMANE, *Les conditions générales en droit allemand*, p. 51, n° 56 ; Cl. WITZ, *o.c.*, 2000, pp. 900 - 901.

V. en outre le § 2 de la loi de 1976 qui impose aux professionnels désireux d'imposer leurs clauses unilatérales de porter celles-ci à la connaissance du cocontractant et d'obtenir de lui une acceptation, fut-ce implicite. Cette

soumises à une réglementation dirigiste visant à faire obstacle à tout abus de domination d'un contractant envers l'autre. Nous n'aborderons pas ces questions qui ne manquent pourtant pas d'intérêt en raison de leur originalité et nous bornerons uniquement à apprécier les solutions admises dans ce droit lorsque les stipulations contenues dans les conditions générales sont contradictoires.

43.- Il paraît sur ce point d'emblée intéressant de constater que le droit allemand traite des conditions générales également par référence aux notions d'offre et d'acceptation. Ainsi, chaque déclaration de volonté assortie de telles clauses pourra être lue comme une offre, une contre-offre ou une acceptation pure et simple selon qu'elle comporte ou non des éléments divergents au regard de la déclaration de volonté à laquelle elle répond. Aucune disposition spécifique n'y est applicable⁷⁵.

44.- La jurisprudence et la doctrine allemandes ont connu une évolution assez originale, aboutissant peu à peu à substituer une solution plus souple à la rigueur du système antérieurement admis du "dernier mot" ("*theorie des letzten Wortes*")⁷⁶, système qu'elle fut par ailleurs la dernière à abandonner. Se tournant vers la recherche de la volonté des parties, elles ont reçu la théorie du "désaccord partiel". Cette évolution a été confirmée par la loi du 9 décembre 1976 sur les conditions générales insérées dans les contrats (*AGBGezetz*). Une volonté de favoriser la formation de l'accord de volontés amena à considérer que "*le contrat lui-même ne devait pas souffrir du défaut d'accord sur les conditions générales*"⁷⁷. Dans la mesure où, de manière certaine, une volonté partagée de conclure le contrat anime les parties contractantes, une divergence limitée aux modalités de celui-ci ne devrait pas faire obstacle à la conclusion de l'accord.

Il faut cependant reconnaître l'originalité de certaines dispositions particulières, parmi lesquelles l'ancien § 33, alinéas 2 et 3 de la loi de la R.D.A. relative aux contrats économiques internationaux du 5 février 1976, qui combinait la théorie du dernier mot avec celle de l'annulation réciproque.

condition touche bien entendu à l'opposabilité des conditions générales, mais revêt un intérêt certain dans le cadre du présent conflit.

Le principe de transparence, posé par la Cour fédérale de justice le 24 novembre 1988 (BGH, 24 novembre 1988, *NJW*, 1989, p. 222) et le 17 janvier 1989 (BGH, 17 janvier 1989, *NJW*, 1989, p. 582), dicte de manière générale l'obligation pour toute partie qui souhaite imposer ses propres conditions générales à les porter à la connaissance de l'autre "*de manière claire et compréhensible*". V. Cl. WITZ, *o.c.*, 2000, p. 903 et suivantes.

⁷⁵ Nous renvoyons dès lors à l'exposé relatif à ce droit. V. *supra*, C. DELFORGE, Titre II, Chapitre I, n°124 à 127.

⁷⁶ M. PEDAMON, *o.c.*, p. 59 ; P.V.D. MARSH, *Comparative Law*, p. 78.

⁷⁷ R. WILL, *o.c.*, p.105.

1. Théorie du dernier mot (" *Theorie des letzten Wortes* ")

45.- Cette théorie rigoureuse, qui a prévalu jusque dans les années 70⁷⁸, est fondée sur le mécanisme de la contre-offre consacré par le § 150, alinéa 2 du BGB, conjugué avec la portée reconnue au silence "éloquent"⁷⁹. Cette disposition énonce en effet que "*toute acceptation sous réserve de clauses additionnelles, restrictives ou de toute autre modification est réputée refus valant nouvelle offre*"⁸⁰. La *mirror image rule* est ainsi reçue, en tant que principe, dans toute sa rigueur. Elle entraînera alors pour conséquence que la dernière partie qui propose ses conditions - il s'agira le plus souvent du vendeur, l'acheteur les ayant rarement contestées - l'emportera.

Cette théorie simpliste, qualifiée par M. RAISER de "*procédé passablement primitif*"⁸¹, présentait l'inconvénient de générer une certaine insécurité, voire, dans certaines hypothèses, une solution absurde. Ainsi, si une partie indiquait dès le départ qu'elle refusait de se soumettre aux clauses contradictoires de l'autre partie - hypothèse particulièrement fréquente des "*Abwekrklauseln*" (clauses de rejet) - et que cette dernière envoie malgré tout de telles conditions, le contrat pouvait être considéré conclu aux dernières conditions si l'acceptant originaire procédait à l'exécution du contrat.

2. Théorie du désaccord partiel

46.- Les inconvénients liés à l'application de ce raisonnement purement chronologique a conduit la doctrine à se détacher peu à peu de la théorie du dernier mot, pour lui préférer celle du *désaccord partiel*. Le premier pas de cette émancipation fut franchi lors d'un arrêt rendu, le 26 septembre 1973⁸², par le Bundesgerichtshof.

⁷⁸ A.T. VON MERHEN, *o.c.*, 1990, pp. 290 et suivantes. V. cependant la décision rendue par la Cour d'appel de Cologne le 9 mai 1980 (OLG Köln, 9 mai 1980, DB, 1980, p. 925) cité par D. BEN ABDERRAHMANE, *o.c.*, p. 93, note 94. Cette décision retient encore une application de la théorie du dernier mot.

⁷⁹ D. BEN ABDERRAHMANE, *o.c.*, p. 89, n°138. Il est intéressant de noter qu'il s'agit ici d'une exception importante au principe, pourtant rigoureusement admis en droit allemand, selon lequel le silence est inopérant à constituer une acceptation. V. *supra*, C. DELFORGE, Titre II, Chapitre I, n°124 à 127.

⁸⁰ Cl. WITZ, *o.c.*, p.171, n°191 ; A. TUMMERS, *o.c.*, p. 608. Cette théorie du dernier mot était justifiée par l'obligation de diligence attendue des professionnels, mais également par le principe fondamental du droit des contrats qu'est l'autonomie des volontés (*Ibidem*, p.609, note 71).

⁸¹ M. RAISER, *Das recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Hambourg, 1935, p.222-225 cité par R.WILL, *o.c.*, p. 105 et D. BEN ABDERRAHMANE, *o.c.*, p. 90.

⁸² BGH 26 septembre 1973, BGHZ 61, 282, cité et commenté par A.T. VON MEHREN, *o.c.*, 1990, p. 291.

Cette thèse part du principe que toute déclaration de volonté présente un élément subjectif - la volonté interne de son auteur (*der Wille*) - et un élément objectif - la déclaration externe, telle qu'elle est perçue par les tiers (*die Erklärung*) -. La doctrine et la jurisprudence récentes tentent ainsi davantage de résoudre le litige au regard des règles appliquées en cas de dissentiment ouvert (*offener Dissens*), en renversant de la sorte la règle énoncée dans le § 154 du BGB⁸³.

47.- Le raisonnement est donc le suivant. Lorsque les volontés internes concordent, le contrat se forme, quelles que soient les divergences externes manifestées par ces déclarations. La volonté réelle prime la volonté déclarée. Par contre, en cas de discordance entre les volontés internes, le juge est appelé à s'interroger sur le sens objectif de la déclaration émise. Si ces déclarations se manifestent - de manière externe - comme concordantes, le contrat se forme et la volonté déclarée prime alors la volonté interne. Cependant, la partie qui a manifesté une volonté contraire à ce qu'elle désirait en son for intérieur est admise à demander la nullité de la convention.

Lorsque, au contraire, tant les volontés internes qu'externes divergent, le droit allemand parle de "*dissentiment ouvert*" (*offener Dissens*), lorsque les parties sont conscientes de leurs divergences de vue, et de "*dissentiment caché*" (*Versteckter Dissens*) lorsqu'elles ignorent l'existence d'un désaccord et croient le contrat valablement formé.

En cas de dissentiment ouvert, la doctrine allemande subdivise une fois de plus la solution selon que la divergence porte sur un point essentiel ou accessoire. Dans la première hypothèse, le contrat ne s'est pas formé. Dans la seconde, elle admet que l'accord porte sur ce qui est concordant. Pour les points divergents, le juge est invité à rechercher la volonté réelle des parties quant à leur volonté de considérer le contrat comme conclu ou d'en suspendre la conclusion jusqu'au moment où elles se seront entendues. Dans le doute, le contrat est considéré comme n'étant pas formé (§154).

Dès lors que le dissentiment est au contraire caché, un désaccord sur un point essentiel empêchera la formation du contrat. L'hypothèse est similaire à celle de l'erreur-obstacle telle que nous la connaissons en droits français et belge. Mais si la divergence affecte uniquement un point accessoire, la doctrine part du principe que les parties ont voulu conclure le contrat et il sera tenu pour tel (§155), le point litigieux sera alors déterminé au regard du droit commun, ou comblé par le biais d'une interprétation complétive (§ 315). S'il s'avère cependant, au regard des circonstances de l'espèce, qu'il est vraisemblable que, connaissant la divergence, les parties n'auraient pas joint leurs volontés, le contrat sera considéré comme inexistant.

48.- Ainsi, dès qu'un désaccord existe entre les parties, il est pris en compte comme tel⁸⁴. Les clauses contredites pourront disparaître au profit d'une application du droit commun. Le

⁸³ M. PEDAMON, *o.c.*, p. 59.

⁸⁴ Cl. WITZ, *o.c.*, p.143 et s., n°155 et s.

BGH semble avoir, par plusieurs arrêts, également reçu cette dernière tendance où seule importe la volonté des parties⁸⁵. Si les clauses émises par les parties concordent, le contrat est formé. Dans le cas contraire, le droit supplétif est appelé à combler les lacunes résultant de la neutralisation des clauses discordantes⁸⁶. Cette volonté de conclure le contrat pourra, notamment, être déduite de l'accomplissement d'actes d'exécution⁸⁷. Elle se fonde en outre sur les exigences de bonne foi (*Treu und Glauben*) dont nous connaissons la considérable expansion en droit allemand.

49.- Il faut pourtant reconnaître que, par deux arrêts rendus en 1977⁸⁸, la Haute juridiction allemande avait jeté le trouble, faisant craindre un retour à la théorie du dernier mot. Selon R. WILL, *"il semble même que cette jurisprudence récente risque de conduire à l'application de la formule 'trionphe qui parlera le plus haut'"*.

Par un arrêt du 20 mars 1985⁸⁹, elle a pourtant réservé application à la théorie de l'annulation réciproque, témoignant de la sorte de son souhait d'apporter au litige une solution plus proche de la réalité vécue par les parties, et plus équitable au regard des circonstances de l'espèce.

50.- Enfin, relevons encore que le rôle reconnu au silence fait l'objet, en droit allemand, d'un raisonnement subtil. Le § 151 du BGB⁹⁰ y voit un véritable consentement lorsque, au regard des usages de la vie des affaires, il peut être perçu comme une manifestation certaine de volonté. On parle alors de silence "éloquent" ou "circonstancié". Le principe de bonne foi (§ 157 du BGB) constituera de même un appui au juge qui cherche à interpréter le silence.

B. Conclusion

⁸⁵ BGH, 26 septembre 1973, BGHZ 61, 282, 287 et suivantes ; BGH, 20 mars 1985, NJW, 1985, pp. 1838 et 1839.

⁸⁶ L'étendue de l'annulation a été discutée, certains plaçant pour sa limitation aux seuls éléments discordants, d'autres auteurs plaçant au contraire pour une annulation de l'ensemble des conditions émises. V. A. TUMMERS, *o.c.*, p.614.

⁸⁷ Cl. WITZ, *o.c.*, p. 172, n°191.

⁸⁸ Des 9 février et 16 mars 1977 : cfr R. WILL, *o.c.*, p.107, B.1.

⁸⁹ BGH, 20 mars 1985, NJW 1838.

⁹⁰ Cette disposition est formulée comme suit :

"Le contrat est formé par l'acceptation de l'offre, sans que cette acceptation ait besoin d'être déclarée envers l'auteur de l'offre, toutes les fois que, d'après les usages admis en affaires, il n'y a pas à attendre une déclaration de cette nature ou que l'auteur de l'offre y ait renoncé. Le moment où l'offre se sera éteinte se détermine d'après la volonté de l'auteur de l'offre, telle qu'on doit l'induire de l'offre ou des circonstances." Comme le relève A. TUMMERS (*o.c.*, p.611, note n°80), cependant, cette disposition a une portée limitée dans la mesure où elle ne s'applique qu'aux hypothèses où la déclaration ne s'adresse à personne en particulier.

51.- Le droit allemand a tardivement abandonné la règle du *last shot* pour s'orienter vers une solution mieux adaptée aux circonstances de la cause.

52.- L'approche de ce droit présente divers mérites qui ne peuvent être sous-estimés. Outre l'avantage certain de consacrer une solution écrite au conflit présenté par les conditions générales divergentes, les dispositions précitées présentent également l'intérêt d'appréhender le conflit en tant que tel et de forcer une analyse approfondie de l'intention des parties. Le raisonnement qui en découle est élaboré et paraît, à première vue assez complexe, mais contraint à une étude des circonstances concrètes de la cause. L'originalité découle encore du fait de reconnaître que les divergences contenues dans les conditions générales peuvent tout aussi bien être voulues par les parties, qu'ignorées par elles. De là, s'appliquent des solutions différentes.

53.- Comme les autres droits que nous avons analysés, le droit allemand rejette une lecture stricte de la *mirror image rule*, bien que celle-ci demeure le principe. Les volontés doivent concorder, à tout les moins sur les éléments essentiels du contrat envisagé. Il n'y a là rien de particulier. Lorsque les volontés divergent sur des éléments accessoires, la solution est cependant différente selon que les parties sont conscientes de leurs divergences de vue - auquel cas, le juge recherchera la volonté réelle des parties et, s'il ne peut le faire, les invitera à s'accorder, faute de quoi le contrat sera considéré comme non-conclu - ou les ignorent. Dans ce dernier cas, la volonté des parties de conclure la convention autorisera le juge à la considérer comme telle, et l'invitera à suppléer aux éventuelles lacunes découlant de la discorde⁹¹. C'est cette approche, la plus lucide sur la réalité des échanges commerciaux, qui, à notre sens, pointe l'originalité du droit allemand par rapport aux autres droits étudiés, non que ceux-ci ignorent, consciemment ou non cette situation, mais qu'ils ne la formalisent pas dans une règle de droit écrite. Pourtant, l'intention des parties, et le seuil de leur connaissance quant à l'existence d'un désaccord entachant un élément accessoire, est un élément devant nécessairement être apprécié par le juge ou l'arbitre auquel le litige est soumis. Ouvrir légalement la faculté aux parties de se remettre autour de la table, une fois la divergence mise en lumière, peut avoir un effet psychologique important. Quand bien même, en effet, les parties auraient-elles eu conscience, dans leur for intérieur, de ce que les conditions qu'elles proposaient divergeaient de celles de l'autre, les rapports de force peuvent avoir été tels que céder à la volonté du partenaire aurait été ressenti comme une faiblesse que l'on ne voulait subir. Approcher le litige autrement et dire aux parties qu'à défaut de négocier le point divergent, la convention ne sera point conclue, peut les aider à concéder plus aisément un élément qui, dans la réalité, ne revêtait pas l'importance qu'objectivement elles semblaient lui accorder⁹². Sanctionner l'absence d'accord par l'inexistence du contrat, outre l'effet positif que

⁹¹ Le droit dispositif gouvernera alors les points laissés sans réglementation conventionnelle. V. BGH 26 septembre 1973, BGHZ 61, 282, 287 et suivantes ; BGH, 20 mars 1985, NJW 1985, pp. 1838 et 1839.

⁹² Privilégier une solution de compromis présente en outre l'avantage incontestable de respecter l'équilibre global du contrat, ce que ne permettent pas toujours le droit supplétif ou des clauses unilatérales, par hypothèse souvent plus enclines à défendre les intérêts de celui qui les a rédigées.

cela peut avoir sur les parties dans la recherche d'une solution de compromis, permettra en outre de constater, le cas échéant, que l'élément divergent était véritablement important pour elles et qu'il est alors juste de considérer que le défaut d'accord entraîne l'absence de contrat.

Cette approche du droit allemand, que l'on ne retrouve dans aucun des autres systèmes, nous paraît ainsi, sur un plan théorique, importante et heureuse. Nous ne sous-estimons cependant pas les difficultés pratiques engendrées par cette "suspension" de la conclusion de l'accord, notamment en ce qu'elle implique nécessairement que les obligations des parties, et ainsi l'exécution du contrat, se trouvent également suspendues. Ceci ne paraît concevable, en pratique, que si une décision judiciaire ou arbitrale peut être obtenue dans un délai suffisamment court, permettant alors au contrat de garder son utilité économique.

V. La Common Law

54.- Une fois émancipé, au XIV^{ème} siècle, de la rigueur de la *common law*, le droit anglais des contrats s'est ouvert à des considérations d'équité et de justice. Le résultat de la fusion entre la *Common Law* et l'*Equity* a parfait le régime également importé au États-Unis.

Cet ensemble de normes a alors été appliqué tant en Angleterre qu'aux États-Unis, s'imprégnant peu à peu des spécificités propres à chacun de ces systèmes. Aussi, bien qu'issus d'une source commune, les droits anglais et américain ont connu une évolution distincte, ce qui explique que des règles divergentes se manifestent également au niveau de la solution apportée au *battle of forms*.

A. Le droit anglais

55.- La doctrine anglaise est peu prolixe en ce qui concerne la solution à apporter au *battle of forms*. C'est que le droit y résout le conflit résultant de la contradiction entre des conditions générales standardisées sous le couvert de l'offre et de l'acceptation. Cette problématique ne reçoit donc aucune solution particulière⁹³, bien qu'il ne fasse aucun doute que les juges tentent davantage de consacrer quelque effet aux manifestations de volontés et au contrat qui a pu en résulter.

⁹³ P.V.D. MARSH, *Comparative Law*, 1996, p. 77 ; CHESHIRE, FIFOOT et FURMSTON, *Law of Contract*, Butterworths, Londres, 1996, pp. 166 et suivantes.

Ces derniers auteurs relèvent que la solution apportée au conflit des conditions générales se présente, d'un point de vue théorique, sous cinq alternatives "*viz that there is a contract on the first party's terms, a contract on the second party's terms, a contract on the term that common law would normally imply in such circumstances, a contract on some amalgam on the parties' terms, or no contract at all*" (p. 167).

L'utilisation, par les professionnels, de documents standardisés, a cependant autorisé certaines règles spécifiques principalement destinées à s'assurer de la réalité de l'accord des parties sur les termes que ceux-ci contiennent⁹⁴, mais également à faire obstacle aux abus susceptibles de s'immiscer dans de tels documents⁹⁵.

56.- Dans un premier temps, le droit anglais est resté attaché à une application stricte de la règle de la *mirror image rule*, selon laquelle, pour former le contrat, l'acceptation devait être en tous points conforme à l'offre émise⁹⁶. L'acceptation comportant la référence à des conditions générales contradictoires à celles de l'offre était ainsi interprétée comme une nouvelle offre, entraînant du même coup la caducité de l'offre initiale. "*The counter offer kills the original offer*". Selon cette première théorie, chaque envoi de conditions divergentes doit être interprété comme l'émission d'une nouvelle offre se substituant à celle qui la précède et constituant le socle d'un nouveau contrat par son acceptation tacite résultant de l'absence de réaction de celui qui l'a reçue.

Une telle règle, qui s'explique par les réticences du droit anglais à consacrer l'existence du contrat, s'ajustait cependant difficilement à la réalité des affaires, faisant obstacle, dans bien des cas, à la formation définitive de l'accord, et ce alors même que la volonté de conclure était certaine dans le chef des parties. Elle justifiait également que, par la simple émission de dispositions non-concordantes, le destinataire de l'offre initiale se voie dépouillé de toute faculté de se raviser une fois sa contre-proposition émise⁹⁷. Enfin, les auteurs relevaient sa difficile conciliation avec l'approche traditionnelle dégagée de l'arrêt *Felthouse v. Bindley*⁹⁸.

⁹⁴ Il est ainsi admis que dès lors qu'une partie appose sa signature au bas d'un tel document, elle marque son accord sur les éléments qu'il contient (*L'Estrange v. F. Graucob Ltd (1934) 2 K. B. 394 C.A.*). Dans les autres cas, lorsqu'aucune signature n'a été apposée, les termes contenus dans les documents unilatéraux échangés par les parties ne feront partie du contrat que pour autant que celui qui entend les opposer peut démontrer avoir suffisamment attiré l'attention de l'autre sur leur existence (*Parker v. South Eastern Railway Co (1877) 2 C.P.D. 416*), que ces termes faisaient déjà partie intégrante d'accords antérieurs lorsque les parties sont en relations courantes d'affaires (*Hollier v. Rambler Motors AMC Ltd (1972) 2 Q.B. 71, C.A.*) ou encore qu'ils sont d'usage dans le secteur concerné (*British Crane Hire Corp. Ltd v. Ipswich Plant Hire Ltd (1975) Q.B. 303, C.A.*).

⁹⁵ Voir *Unfair Terms in Consumer Contract Regulations (1994)*.

⁹⁶ E. ERRANTE, *Le droit anglo-américain des contrats*, LGDJ, 1997, p.22 citant l'arrêt *Ardente v. Horan* qui fait application de cette règle. V. également Fr. VERGNE, *o.c.*, pp. 239 et suivantes ; B. A. LEETE, "Contract formation under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the Uniform Commercial Code : Pitfalls for the Unwary", *Temple International and Comparative Law Journal*, 1992, pp. 193-218, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/leete2.html>, p.8 qui relève que cet règle aboutit à considérer que les parties émettent successivement des offres et contre-offres jusqu'à un complet consentement. A ce moment seulement, se forme le contrat.

⁹⁷ E. ERRANTE, *o.c.*, p; 8-9 ; Fr. VERGNE, *o.c.*, p.239, ce dernier citant l'arrêt *Hyde v. Wrench (1840)*, 3 Beav.334.

⁹⁸ V. *supra*, C. DELFORGE, Titre II, Chapitre I, n°254.

57.- Ne pouvant tolérer une telle rigueur, certains tribunaux anglais ont alors admis que la conclusion de l'accord ne pouvait, en toutes circonstances, rester tributaire d'une adéquation absolue entre les documents échangés et ont préféré davantage dégager des solutions d'espèce. Dans un premier temps ainsi, les juges anglais limitèrent le champ d'application de la règle, considérant que celle-ci ne devait être appliquée que si les termes ajoutés dans l'acceptation divergeaient également de la solution admise en droit commun. Dans un même souci, ils reçurent la conclusion du contrat toutes les fois où les modifications contenues dans l'acceptation étaient stipulées dans l'intérêt de l'offrant⁹⁹. Ces aménagements restaient cependant fort limités et ne permettaient pas de contrer de manière satisfaisante les effets pervers de la *mirror image rule*.

Il fallut attendre les années 70 pour que se marque, de manière manifeste, un revirement de jurisprudence. L'important arrêt *Butler Machine Tool Co. Ltd v. Ex-Cell O. Corp. (England) Ltd*¹⁰⁰, rendu par la Cour d'appel en 1979, fut le premier pas de cette nouvelle étape.

Cette affaire importante portait sur le conflit né de la contradiction entre les conditions générales d'un vendeur et d'un acheteur. Le vendeur avait pris soin, dans ses documents de vente, de prévoir une clause de variation du prix. En outre, ceux-ci contenaient également une clause de défense selon laquelle "*these terms and conditions shall prevail over any terms and conditions in the buyer's order*". L'acheteur, de son côté, avait également adressé, accessoirement à son acceptation, ses propres documents contractuels. Il y était inséré une première clause "*on terms and conditions as below and overleaf*". Le vendeur avait ensuite expressément accepté la commande de l'acheteur et avait confirmé celle-ci sans réserve.

La Cour considéra que devaient être appliquées les dernières conditions transmises - en l'espèce celles du vendeur - dès lors qu'aucune objection n'avait été soulevée par celui qui les avait reçues.

58.- Depuis, la théorie du *last shot* reçoit une application largement majoritaire¹⁰¹. Selon cette règle, le contrat se forme aux dernières conditions générales envoyées et à l'égard desquelles l'autre partie n'a formulé aucune objection. Celui qui a "*tiré le dernier coup*" est ainsi désigné comme le vainqueur de "*la bataille*"¹⁰², l'idée étant que la non-protestation des

⁹⁹ Fr. VERGNE, *o.c.*, p. 240.

¹⁰⁰ *Butler Machine Tool co. V. Ex-Cell-O Corp.* (1979), 1 All ER 965, (1979) & WLR 401. Cette décision a fait l'objet de nombreux commentaires : E. ERRANTE, *o.c.*, p. 9. V. en outre CHESHIRE, FIFOOT et FURMSTON, *Law of contract*, Butterworths, Londres, 1996, p. 167 ; A.T. VON MEHREN, "The battle of forms : a comparative view", *American Journal of Comparative Law*, 1990/38, pp.272 et suivantes leurs commentaires portant sur cette décision et les propos tenus, à l'époque, par Lord DENNING ; Fr. VERGNE, *o.c.*, pp. 241 et suivantes ; P.V.D. MARSH, *Comparative Law*, 1996, p. 77-78.

¹⁰¹ *B.R.S. v. Arthur V. Crutchley* [1968] 1 WLR 811 ; v. également G.H. TREITEL, *o.c.*, p. 19 et suivantes ; CHESHIRE, FIFOOT et FURMSTON, *o.c.*, p. 162 et s.

¹⁰² J. DELACOLETTE, *Les contrats de commerce internationaux, Droit et Economie*, 3^{ème} édition, Larcier, Bruxelles, 1996, p.17 ; P.V.D. MARSH, *Comparative Law*, p.77-78.

secondes conditions communiquées manifeste une acceptation tacite de leur contenu. L'acceptation des conditions générales est également considérée comme automatiquement confirmée par la signature apposée, au bas d'un document, par une des parties¹⁰³.

59.- Quoi qu'il en soit, les juges anglais admettent que dès lors que les conditions générales ont été signées, elles font nécessairement partie intégrante de la convention et, à ce titre, lient les parties.

Peu importe dans ce cas que celui qui y a apposé sa signature n'ait pas pris soin de prendre connaissance du contenu de ce document et qu'il souhaite ultérieurement en contester les éléments. La présomption de consentement est irréfutable¹⁰⁴.

B. Le droit américain : l'article 2-207 U.C.C.

60.- L'approche traditionnelle de la *mirror image rule*, longtemps reçue en droit anglais, a également reçu un écho aux États-Unis¹⁰⁵, où elle a par ailleurs été expressément consacrée par la section 59 du *Restatement Second of Contract*¹⁰⁶. Elle s'applique donc à toute une série de contrats de la vie civile.

Le pragmatisme américain et les impératifs de la vie des affaires ont cependant rapidement dénoncé les applications trop strictes de pareille règle, peu propice à la rapidité et l'efficacité

¹⁰³ Le droit anglais accorde cependant une valeur différente aux documents écrits par rapport à ceux qui ne le sont pas. Seuls ces derniers sont en effet susceptibles de voir vérifiée leur opposabilité, alors que les premiers lient celui qui les signe, sans aucune discussion (outre CHESHIRE, FIFOOT et FURMSTON, *o.c.*, 1996, p. 168 qui citent notamment certaines décisions intéressantes faisant application de ce principe), hormis les cas de fraude ou de *misrepresentation*. V. sur ce point, l'arrêt rendu par la Cour d'appel dans l'affaire *Curtis v. Chemical Cleaning and Dyeing Co* (1951), 1 KB 805, (1951), 1 All ER, 631 commenté outre CHESHIRE, FIFOOT et FURMSTON, *o.c.*, 1996, p.169.

¹⁰⁴ CHESHIRE, FIFOOT et FURMSTON, *Law of contract*, Butterworths, Londres, 1996, p. 168.

¹⁰⁵ A.T. VON MEHREN, *o.c.*, 1990/38, p. 265.

¹⁰⁶ Selon le § 60, en effet, "*a reply to an offer which purports to accept it but is conditioned on the offeror's assent to terms additional to or different from those offered is not an acceptance but is a counter-offer*".

Le § 61 poursuit en ces termes : "*An acceptance which requests a change or addition to the terms of the offer is not thereby invalidated unless the acceptance is made to depend on an assent to the changed or added terms*". Le § 58 précise quant à lui que "*An acceptance must comply with the requirements of the offer as to the promise to be made or the acceptance to be rendered*".

Le droit anglo-saxon accepte cependant que si les parties exécutent le contrat, le *offeror* est présumé avoir tacitement accepté les termes contenus dans l'acceptation modalisée : E.A. FARNSWORTH, *Contracts During the Half-Century Between Restatements*, 1981, § 3.21 at 159 cité par J.C. KELSO, *o.c.*, p. 3.

des relations commerciales¹⁰⁷. Ainsi, la théorie de la contre-offre a-t-elle été abandonnée lors de l'adoption de l'U.C.C., fortement imprégné de la "*deal is on philosophy*"¹⁰⁸. Un contrat peut ainsi valablement se former alors même que les termes de l'acceptation diffèrent de ceux de l'offre. Le principe inverse est donc ainsi posé¹⁰⁹.

61.- L'U.C.C. dispose en effet, dans sa section 2-207, que, lorsque les conditions générales d'achat modifient ou ajoutent des éléments aux conditions générales de vente, le contrat peut néanmoins être formé pour autant que les dites modifications ne portent pas sur des éléments substantiels¹¹⁰¹¹¹ et n'aient pas été expressément rejetées par le vendeur. Ainsi, les clauses accessoires sont considérées comme les clauses complémentaires s'intégrant dans le contrat entre commerçants. La formation du contrat est favorisée par une règle souple¹¹², et la règle stricte de la *mirror image rule* est répudiée¹¹³, le principe étant que la formation de la convention ne se trouve pas entachée par une divergence mineure.

¹⁰⁷ V. les critiques émises par A.T. VON MEHREN, *o.c.*, 1990/38, pp. 265 à 272 ; J. GORDLEY, "An American perspective on the UNIDROIT Principles", <http://www.cnr.it/CRDSCS/Gordley.htm>, p.6 ; B. A. LEETE, *o.c.*, p.9.

¹⁰⁸ A.T. LEETE (*o.c.*, p.9) relevait sur ce point que "*the effect of this approach is to hold parties to a contract when it is clear from their conduct that a contract was intended. The contract is not escapable merely because there is no agreement or identical terms. As a result of Section 2-207 (2) of the U.C.C., the final contract may contain terms which do not reflect the intent of both or either of the parties. The justification for such an outcome is that both parties indicated by their conduct that a contract was desirable*".

¹⁰⁹ HAWKLAND, *Major Changes under the Uniform Commercial Code in the Formation and Terms of Sales Contracts*, 10. Pract.Law, Mai 1964, 73-74 et DUESENBERG, "Contract Creation : The Continuing struggle with Additional and Different Terms under Uniform Commercial Code section 2-207", 34 *Bus. Law.* 1477, 1979 cités par J.C. KELSO, *o.c.*, p. 3 ; A. LEVASSEUR, *Le contrat en droit américain*, Dalloz, Paris, 1996, p. 29.

¹¹⁰ V. *Selections for Contracts, Statutes, Restatement Second, Forms*, compiled by E.A. FARNSWORTH et W.F. YOUNG, The Foundation Press, Inc., 1988, Westbury, New York, pp. 30-31 et reprenant les commentaires officiels de cette disposition.

Selon ces derniers : "*Examples of typical clauses which would normally "materially alter" the contract and so result in surprise or hardship if incorporated without express awareness by the other party are : a clause negating such standard warranties as that of merchantability or fitness for a particular purpose in circumstances in which either warranty normally attaches ; a clause requiring a guaranty of 90 % or 100 % deliveries in a case such as a contract by cannery, where the usage of the trade allows greater quantity leeways ; a clause reserving to the seller the power to cancel upon the buyer's failure to meet any invoice when due ; a clause requiring that complaints be made in a time materially shorter than customary or reasonable*".

¹¹¹ Pour une application jurisprudentielle, voir la décision de principe suivante : *In re Marlene Industries Corp. v. Carnac Textiles Inc.*, 45 N.Y. 2d 327, 380 N.E.2d 239, 408 N.Y.S. 2d 410 (1978), reprise par certaines décisions comme *C.T. Chemicals (U.S.A.), Inc., v. Vinmar Impex, Inc.*, 81 NY2d 174, 613 N.E.2d 159, 597 N.Y.S.2d 284 (1993) du 29 avril 1993. Une clause d'arbitrage est considérée comme un élément substantiel du contrat.

¹¹² Pour des commentaires sur la section 2-207, V. notamment A.T. VON MEHREN, *o.c.*, pp. 279 et suivantes. Notons que modification de cette disposition est aujourd'hui soumise à examen en vue de permettre son adéquation au commerce électronique.

¹¹³ En effet, selon l'alinéa 1^{er} de cette disposition, le contrat peut valablement se former alors que l'acceptation n'est pas en tous points conforme à l'offre, notamment parce que s'y joignent des conditions générales contradictoires. Cette règle suppose cependant que soient préalablement vérifiées deux conditions : tout d'abord, le fait que l'acceptant manifeste, dans son acceptation, une volonté ferme et définitive de conclure le contrat aux conditions nouvelles qu'il impose et qu'il n'ait pas subordonné la conclusion définitive du contrat au

1. Les principes

62.- La section 2-207 de l'U.C.C. est formulée comme suit :

1.- A definite and reasonable expression of acceptance or a written confirmation which is sent within a reasonable time operates as an acceptance even though it states terms additional to or different from those offered or agreed upon, unless acceptance is expressly made conditional on assent to the additional or different terms.

2.- The additional terms are to be construed as proposals for addition to the contract. Between merchants such terms become part of the contract unless:
(a) the offer expressly limits acceptance to the terms of the offer;
(b) they materially alter it; or
(c) notification of objection to them has already been given or is given within a reasonable time after notice of them is received.

3.- Conduct by both parties which recognizes the existence of a contract is sufficient to establish a contract for sale although the writings of the parties do not otherwise establish a contract. In such case the terms of the particular contract consist of those terms on which the writings of the parties agree, together with any supplementary terms incorporated under any other provisions of this Act.

63.- Bien que fondée sur la recherche d'une solution pragmatique, la section 2-207 est perçue par les juristes américains comme complexe et technique¹¹⁴.

consentement de l'offrant originaire aux dites modifications. À défaut de quoi, son acceptation, outre le fait qu'elle n'est pas "conforme", est également dépourvue de la fermeté requise et ne permet pas la formation du contrat. Il s'agit alors uniquement d'une contre-offre.

L'alinéa 2 détermine les conditions de l'entrée des dispositions nouvelles dans la sphère du contrat. Le principe est que les modifications contenues dans l'acceptation ferme sont automatiquement incorporées dans le contrat, à moins que l'offrant ne s'y soit opposé (soit dans son offre, soit dans un délai raisonnable après communication de ces éléments modifiés) ou que ces éléments modifient matériellement le contrat.

L'alinéa 3, enfin, pose pour principe la primauté du comportement des parties sur les éventuels écrits échangés. Ce sera le cas, notamment, si l'offrant exécute le contrat - et livre par exemple les marchandises - alors que l'acceptation devait être considérée comme une contre-offre. Dans ce cas, le contrat sera formé des seules dispositions sur lesquelles les parties concordent. Pour le reste, l'UCC supplée aux éventuelles lacunes. Les dispositions contradictoires des conditions générales sont alors *annulées* réciproquement.

V. également E.A. FARNSWORTH, *United States Contract Law*, 1991, pp. 86-87.

¹¹⁴ A. TUMMERS, *o.c.*, p. 592.

Cette disposition a cependant le mérite d'appréhender, en un seul article et avec toute la clarté requise, les deux questions que suscite le *battle of forms* : celle de l'existence de la convention, et celle de son contenu¹¹⁵. Elle présente en outre l'intérêt incontestable de bannir la rigidité manifestée de la *mirror image rule*.

64.- Pour ce qui est de la première question, deux situations sont envisagées¹¹⁶. La première est celle où les parties ont conclu, oralement, le contrat et où l'une d'elles prend soin d'en confirmer l'existence ensuite, mais y ajoute cependant des clauses qui n'avaient point été convenues. Cette première situation ne suscite guère de commentaires quant à l'existence de la convention. L'existence d'une "confirmation" suppose en effet que soit préalablement constatée l'existence d'un accord. Seul importe dans ce cas le contenu effectif de celui-ci.

La seconde situation est autre puisque le contrat n'est pas encore formé : une partie accepte, par écrit, l'offre qui lui a été faite et joint des additions ou modifications par rapport au texte initial qui lui avait été proposé. Dans cette hypothèse, contrairement à la première situation, se pose véritablement la double interrogation que nous avons citée. La recherche de la commune intention des parties permettra alors de résoudre cette question primordiale, bien que la subjectivité des parties soit particulièrement difficile à sonder¹¹⁷.

65.- Selon l'U.C.C., l'influence jouée par les clauses additionnelles ou modificatrice dépendra de l'élément qu'elles atteignent. Lorsque l'élément modifié peut être qualifié d'accessoire, l'existence de la convention ne sera pas sujette à caution. Il en est cependant

¹¹⁵ Dans l'affaire *In re Marlene Industries Corp. v. Carnac Textiles Inc.* (précitée), le juge considéra que le *battle of forms* désigne l'hypothèse où "*the all too common business practice of bithely drafting, receiving and filing unread numerous purchase orders, acknowledgements, and other diverse forms containing a myriad of discrepant terms*". Dans ce cas, l'article 2-207 de l'U.C.C. résout la question de savoir si le contrat est formé et, si oui, quels en sont les termes.

V. également *C.T. Chemicals (U.S.A.), Inc., v. Vinmar Impex, Inc.* (précité) où la Cour d'appel de New York considère que la section 2-207 de l'U.C.C. vise uniquement les situations où un litige existe entre les parties quant à la question de savoir si le contrat est ou non formé, et non celles où il ne fait aucun doute que le contrat existe mais qu'existe une divergence quant à ses termes. Elle applique à cette dernière question les articles 2-208 et 2-209 du code.

¹¹⁶ *Official Comment*, n°1 - V. E.A. FARNSWORTH et W.F. YOUNG, *Selections for Contracts*, ..., p.30.

¹¹⁷ Affaire *Roto-Lith, Ltd v. F.P. Barlett & Co*, 297 F 2 d 497 (1^{er} Circ., 1962) Pour un commentaire de cet arrêt important, v. notamment A. TUMMERS, o.c., p. 593 ; Fr. VERGNE, o.c., pp. 244-245.

La Cour d'appel fédérale interpréta la section 2-207 dans le sens d'une admission de la *last shot rule*. Une société fabricant du cellophane (la société ROTO LITH) commande une substance nécessaire à sa conception à la société BARLETT. Cette dernière accepte la commande mais joint à son acceptation un exemplaire de ses conditions générales. Parmi celles-ci, une clause exonère BARLETT de sa responsabilité quant à l'inadéquation du produit livré. ROTO-LITH reçoit les marchandises et les paye. Elle s'aperçoit cependant que la marchandise n'est pas conforme et assigne donc BARLETT. La Cour d'appel va donner application aux clauses de BARLETT, considérant qu'à défaut de protestation, ROTO-LITH en avait accepté la teneur. Le raisonnement suivi par la Cour, pour aboutir à cette solution, est cependant sujet à critique et repose sur une lecture erronée de l'article 2-207. Voyez sur ce point : A. TUMMERS, o.c., p. 594.

différemment des clauses modifiant la substance de l'offre émise. Dans ce cas, en effet, l'émission de telles réserves pourrait empêcher la reconnaissance de l'accord.

66.- Si le principe est clair, et se rapproche ainsi de ce qui est communément admis par les différents systèmes juridiques, il faut bien reconnaître que l'incertitude résultant de l'absence de critère de référence destiné à distinguer ces deux types d'éléments, n'est pas de nature à favoriser la vie des affaires¹¹⁸. Certains auteurs en ont d'ailleurs déduit que le commerçant avait intérêt à contester systématiquement les clauses nouvelles portées à sa connaissance¹¹⁹. Cette protection certaine du contractant désirant ne pas être dépossédé de tout moyen d'action en cas de litige est cependant, une fois de plus, de nature à freiner les transactions commerciales qui, pourtant, devraient être facilitées.

Si, malgré la discorde, le contrat se conclut, s'y incorporeront les clauses nouvelles émises par l'acceptant, qu'elles modifient les points de l'offre ou qu'elles y ajoutent de nouveaux éléments. Il s'agit alors de faire ainsi prévaloir la *last shot rule* reprise largement en droit anglais également. Le silence de l'offrant originaire pourra ainsi être interprété comme une acceptation des termes contenus dans le document qui lui était adressé, pour autant que ceux-ci n'altèrent pas de manière substantielle l'offre qu'il avait précédemment émise¹²⁰.

67.- La doctrine récente atteste cependant de ce que l'interprétation traditionnelle de la section 2-207 cède, dans certaines circonstances, le pas à une "*innovative view*", tout en respectant la "*deal is on philosophy*" dégagée de cette section de l'U.C.C.¹²¹. Selon celle-ci, aucune raison ne justifie véritablement qu'une préférence soit systématiquement donnée aux clauses de l'une des parties alors que la discordance est commune. Dans ce cas, le conflit

¹¹⁸ Les Commentaires officiels sont en effet peu indicatifs sur ce point, citant quelques exemples de clauses altérant substantiellement l'offre mais ne permettant nullement de dégager une règle certaine quant à cette détermination. V. *Official Commentary*.

¹¹⁹ A. TUMMERS, *o.c.*, p. 595.

¹²⁰ U.C.C. 2-207 (2). V. également E.A. FARNSWORTH, *United States Contract Law*, 1991, p.87.

¹²¹ A.T. VON MEHREN, *o.c.*, pp. 282 et suivantes. La conception traditionnelle de la *last shot rule* se justifie par le fait que l'offrant, lorsqu'il émet une offre ferme et définitive, détermine nécessairement les termes auxquels il entend seuls se soumettre. Lorsque le destinataire réceptionne l'offre, il prend le contrôle de la situation. S'il ne veut conclure que moyennant le respect de ses propres conditions, il lui suffit de le dire clairement. C'est à lui qu'incombe la responsabilité du contrat puisqu'*in fine*, c'est lui qui sera maître de son contenu.

Une nouvelle lecture, rompant avec cette vision traditionnelle, maintient les parties sur un pied d'égalité. Elles ont les mêmes pouvoirs face au contenu de la convention et l'on ne peut en conséquence en privilégier une au détriment de l'autre. Au surplus, le principe de l'autonomie privée justifie qu'elles contrôlent conjointement les termes de la convention. "*To the extent they disagree, the terms should be established on an neutral basis*" (*Ibidem*, p. 282). Cette base neutre à partir de laquelle il faudra suppléer à la discorde peut être recherchée, selon cet auteur, dans les dispositions supplétives du droit commun.

pourrait se résoudre par référence à la *knock out rule*, c'est-à-dire en considérant que les dispositions divergentes s'annulent réciproquement¹²².

Ainsi, la section 2-207 de l'U.C.C. fait-elle aujourd'hui l'objet d'une double lecture qui la rapproche davantage des principes dégagés dans les autres systèmes que nous avons étudiés : une lecture "traditionnelle", qui accorde la prévalence aux conditions générales de l'offrant)¹²³ et une lecture plus "innovante", empreinte de la *knock out theory*.

68.- En tout état de cause, la section 2-207 prévoit qu'au principe du *last shot*, s'adjoignent trois exceptions, dont deux peuvent être regroupées. La première et la troisième tiennent à l'attitude de l'offrant, lequel peut, *soit*, dès le départ, avoir attiré l'attention du contractant, dans son offre, sur sa volonté de maintenir intègre sa proposition (alinéa 2, point a, 1^{ère} exception) et de ne conclure que si cette intégrité est respectée, *soit*, à brève échéance après la réception de l'acceptation modalisée, en avoir repoussé les termes, faisant ainsi échec à la *last shot rule* (al.2, 3^{ème} exception).

La seconde exception précisée à l'alinéa 2, b) envisage quant à elle l'hypothèse où les modifications apportées atteignent la substance même du contrat – affectant ainsi matériellement l'offre –, de sorte qu'elles font échec à la formation de l'accord.

Le pragmatisme de la section 2-207 - et toute son originalité - se dégage essentiellement de la conséquence qu'il tire de l'application de ces exceptions. Le contrat conclu intégrera, non pas les conditions de l'une ou l'autre des parties, mais bien celles qui leur sont communes¹²⁴. Est ainsi recherché le commun dénominateur des parties, de sorte qu'aucune d'elle ne se trouve favorisée au détriment de l'autre. Au-delà des clauses bénéficiant de l'assentiment des deux parties - soit expressément, soit en raison de l'absence de discordance - feront également partie intégrante de l'accord les dispositions supplétives du droit commun de l'U.C.C..

¹²² A.T. VON MEHREN, *o.c.*, pp. 93 et suivantes.

¹²³ Pour références : FARNSWORTH *on contract*, *o.c.*, p. 262 et suivantes.

¹²⁴ *V. Lea Tai Textile Co. v. Manning Fabrics Inc.*, 411 F. Supp. 1404 (S.D.N.Y. 1975) reproduit par J.C. KELSO, *o.c.*, p. 3, notes 134 et suivantes.

Dans l'espèce tranchée par la Cour, les parties avaient conclu un contrat portant sur la vente de coton. L'offre et l'acceptation contenaient cependant des clauses divergentes en ce qui concernait la résolution des éventuels litiges. La Cour considéra, en conséquence, que les clauses s'excluant mutuellement au sens de l'article 2-207, alinéa 2, elles s'annulaient de sorte que le contrat devait être considéré comme ne comportant aucune clause d'arbitrage.

Comme le relève J.C. KELSO, l'intérêt de cette décision est principalement d'avoir maintenu les parties sur un pied d'égalité, considérant que tant l'offre que l'acceptation tombaient sous le champ de la règle énoncée à l'article 2-207. La Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises, par contre, ne reçoit pas une telle interprétation, et ne reconnaît qu'à l'offrant la possibilité de s'opposer aux termes de l'acceptation qui lui est adressée.

L'alinéa 3 de la section 2-207 consacre également une solution originale, fondée sur un rejet exprès de la *last shot rule*. Selon celui-ci en effet, lorsque, malgré la divergence des écrits échangés, il ressort du "*comportement des deux parties*" qu'elles reconnaissent "*l'existence du contrat*" - ce qui sera nécessairement le cas lorsqu'une partie a commencé l'exécution, par exemple, en livrant les marchandises ou en payant le prix -, les termes du contrat ne seront pas ceux précisés dans le dernier document envoyé - ni même dans le premier qui le fut -, mais bien ceux sur lesquels "*les écrits des parties concordent ainsi que de toutes conditions supplémentaires incorporées en vertu de toutes autres dispositions de la présente loi*". Une volonté manifeste de faire prévaloir la volonté des parties, tout en favorisant la formation de l'accord, se dégage ainsi du texte. La voie du consensus ainsi recherchée manifeste également tout l'intérêt de cette disposition par rapport aux solutions traditionnellement défendues.

2. Conclusion

69.- L'on connaît l'influence que joue le Code de Commerce Uniforme, dont les principes - souvent dérogatoires au droit commun des contrats - trouvent fréquemment application au-delà des seules transactions de vente. La portée de pareille disposition n'est ainsi pas négligeable, au-delà de la seule sphère des hommes d'affaires¹²⁵. Son application dans 49 États américains, à l'exclusion de la Louisiane, atteste également de l'écho que les solutions qu'il contient est important.

La principale originalité de l'article 2-207 de l'U.C.C. est incontestablement de contenir un rejet catégorique cette règle traditionnellement reçue en *common law* qu'est la *mirror image rule*.

70.- L'étude des principes applicables démontre cependant que ceux-ci aboutissent souvent à des solutions analogues à celles que nous avons énoncées pour les autres systèmes juridiques que nous avons étudiés. C'est que la question posée, et ses incidences pratiques, suscitent, dans tous les pays des conséquences identiques en ce qu'elles mettent en cause le principe de la sécurité juridique et celui de la liberté contractuelle, mariage de compromis toujours difficile à élaborer.

¹²⁵ Il est également intéressant de relever la décision rendue, en Australie, par la Haute Cour, en 1984, dans l'affaire *Sindel v. Georgiou* (154 CLR 661 - High Court of Australia - Appeal from Sup Ct NSW (HH 91), sous <http://www.anu.edu.au/law/pub/edinst/anu/contract/MACCEPTANCE.html#M%20ACCEPTA-Acceptation/battle%20of%20forms>). Dans cette affaire, des documents contractuels avaient été échangés par les parties, mais présentaient des divergences. La Cour considéra que les parties manifestaient une volonté commune d'être liée par le contrat. En conséquence, le contrat était conclu, et comprenait l'ensemble des clauses qui n'étaient pas contradictoires. Cette position se rapproche davantage des solutions dégagées en droit américain dont l'inspiration est manifeste.

VI. Les instruments internationaux

A. La Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises

1. Les principes

71.- Assez étonnamment, la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises qui consacre pourtant plusieurs dispositions spécifiques à la formation des contrats, ne renferme aucune règle propre au conflit pouvant naître de la contradiction de conditions générales¹²⁶. Elle semble pourtant - à travers la solution admise à l'article 19 - avoir implicitement opté pour la théorie de la *contre-offre*, telle qu'elle est aménagée par l'U.C.C. américain¹²⁷.

Ainsi, selon la Convention, pour que le contrat se forme, il faut que l'acceptation soit pure et simple. Le principe était déjà certain dans l'article 7 de la Loi uniforme sur la formation du contrat de vente internationale d'objets mobiliers corporels de 1964. La règle est cependant nuancée. Elle a en outre fait l'objet de nombreuses discussions¹²⁸.

72.- L'article 19 constitue le siège de la matière. Cette disposition énonce que :

1. *Une réponse qui tend à être l'acceptation d'une offre, mais qui contient des additions, des limitations ou autres modifications, est un rejet de l'offre et constitue une contre-offre.*

2. *Cependant, une réponse qui tend à être l'acceptation d'une offre, mais qui contient des éléments complémentaires ou différents n'altérant pas substantiellement les termes de l'offre, constitue une acceptation, à moins que l'auteur de l'offre, sans retard injustifié, n'en relève les différences verbalement ou*

¹²⁶ La Convention ne règle pas cette question. La proposition belge faite en ce sens a en effet été rejetée (CNUDCI document A/Conf. 97/C 1 (L87), D.O., p.104.

La validité des conditions générales et la mesure dans laquelle elles relèvent du consentement des deux parties seront régis par la *lex contractus*.

V. V. HEUZE, *La vente internationale de marchandises*, Ed. Joly, 1992, n° 1987 ; P. SCHLECHTRIEM, *Commentary on the Convention on the International Sale of Goods*, Oxford, Clarendon Press, 1998, pp. 144 et suivantes, ainsi que les nombreuses références citées.

¹²⁷ Certains avaient considéré que cette question n'entraînait pas dans le champ de la Convention, à défaut de disposition expresse sur ce point. W.A. STOFFEL (*o.c.*, p.71) relève l'incompatibilité d'une telle position avec les principes défendus par la Convention, c'est-à-dire une application excluant celle des droits nationaux.

¹²⁸ V. sur ce point en particulier Fr. VERGNE, "The 'Battle of forms' Under the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods", *American Journal of Comparative Law*, 1985/33, pp.234-238 ; J. HONNOLD, *o.c.*, 1999, pp. 182 et suivantes, n°165 et suivants.

n'adresse un avis à cet effet. S'il ne le fait pas, les termes du contrat sont ceux de l'offre, avec les modifications comprises dans l'acceptation.

3. Des éléments complémentaires ou différents relatifs notamment au prix, au paiement, à la qualité et à la quantité des marchandises, au lieu et au moment de la livraison, à l'étendue de la responsabilité d'une partie à l'égard de l'autre ou au règlement des différends, sont considérés comme altérant substantiellement les termes de l'offre.

Le texte de l'article 19 se rapproche de celui de l'U.C.C., bien que sa formulation soit moins heureuse. Il pose un principe rigoureux - celui de la *mirror image rule* (§ 1) -, mais le nuance immédiatement bien que de manière réduite.

a) Le champ d'application de la règle

73.- L'article 19 vise les seuls cas où la réponse du destinataire de l'offre prétend être une acceptation. Ceci exclut du champ de la règle toutes les hypothèses de rejet explicite de l'offre initiale, mais également les simples demandes de renseignements ou propositions de modifications avancées par celui-ci¹²⁹.

74.- La question de l'applicabilité ou non au litige de l'article 19 est importante. Si cette disposition est en effet inapplicable, l'article 18 seul sera d'application. Il est dès lors déterminant de savoir si l'acceptation, peut être considérée comme entrant dans le champ d'application de l'article 19, sous peine de considérer le contrat comme conclu avec toutes les conséquences que pareille reconnaissance implique. Ce n'est en effet que si on se situe dans les hypothèses visées par le § 1^{er} que le juge sera invité à apprécier les §§ 2 et 3.

b) Le contenu de la règle

75.- Le § 1 de l'article 19 pose le principe de la théorie de la contre-offre (cfr *supra*). En règle, toute acceptation qui diverge de l'offre initiale en constitue le rejet et est lue comme une nouvelle offre.

¹²⁹ J.C. KELSO, "The United Nation Convention on International Sale of Goods : Contract formation and Battle of Forms", <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/kelso.html>, lequel cite, à l'appui de cette position, les Commentaires officiels selon lesquels, notamment, "*Even if the reply makes inquiries or suggests the possibility of additional terms, it may be that the reply does not purport to be an acceptance under article 17 (1). The reply may be an independent communication intended to explore the willingness of the offeror to accept different terms while leaving open the possibility of later acceptance of the offer*".

J.C. KELSO a encore relevé, avec d'autres auteurs, le manque de clarté de notions "*additions, limitations or other modifications*". V. sur ce point p. 2 et les notes 84 à 86.

La Convention part ainsi du présupposé que le contrat suppose, par nature et par essence, la rencontre de deux volontés. Dès lors, en l'absence de concordance celles-ci, l'accord ne peut s'être formé.

76.- Si l'application de la théorie de la *mirror image rule* paraît ici absolue¹³⁰, le § 2 énonce cependant un tempérament en précisant que l'acceptation restera telle lorsque les adjonctions ou modifications qu'elle renferme ne portent pas sur des éléments qui altèrent la substance de l'offre - tels que déterminés conformément au § 3 - *et* si l'offrant n'a pas relevé ces modifications à brève échéance¹³¹. Si tel est le cas seulement, elles pourront se fondre dans le contrat conclu.

1°. L'acceptation altérant "substantiellement" l'offre

77.- La solution posée, qui est le fruit de longues discussions, se veut pragmatique. Il reste qu'elle laisse entière la question de l'interprétation de ce qui peut être considéré comme substantiel ou non. Certes, le § 3 de l'article 19 précise les éléments présumés altérer "*substantiellement les termes de l'offre*", mais le caractère non limitatif de la liste ne clôt pas tout débat¹³². Qui plus est, cette énumération réduit fortement les hypothèses dans lesquelles

¹³⁰ K. NEUMAYER et C. MING, *o.c.*, p.186 ; P. KAHN, *o.c.*, p.966.

¹³¹ En d'autres termes, tout dépend de l'attitude de l'offrant si les modifications ne portent pas sur des éléments qualifiés de "*substantiels*" (V. HEUZE, *o.c.*, p.146, n°186) :

- soit, à brève échéance, il dénonce les réserves ou conditions divergentes, auquel cas le contrat n'est pas conclu.
- soit il ne réagit pas et le contrat est conclu aux conditions définies dans l'offre, mais en tenant compte des éléments modifiés par l'acceptation.

¹³² Il faut noter que le texte de l'article 7 de la Loi uniforme de 1964, dont l'article 19 de la Convention de Vienne s'est inspiré, avait déjà suscité pareils débats notamment en raison des interprétations divergentes données par les droits nationaux à cette notion.

Ainsi, par exemple, en Allemagne, il a été considéré qu'une acceptation contenant une clause limitant la responsabilité du vendeur en cas de non-conformité des marchandises livrées à un délai de 5 jours pour réclamer n'altérerait pas substantiellement l'offre initiale. V. LG Baden-Baden, 14 août 1991, 1992 RIW 63 citée par M. KAROLLUS, "Judicial Interpretation and Application of the CISG in Germany (1988-1994)", *Cornell Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, 1995, 51-94 également <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/karollus19.html>). Nous pensons que pareille clause aurait au contraire été interprétée, à tout le moins en droits belge et français, comme altérant matériellement l'offre de sorte qu'elle tombait effectivement dans le champ de l'article 19 (2).

La Cour de cassation française, dans un arrêt du 16 juillet 1998 (arrêt n°1309 P - Pourvoi n°J 96-11.984 ; <http://www.jura.uni-sb.de/FB/LS/Witz/160798v.htm>) a quant à elle considéré que la clause attributive de compétence en cas de litige est un élément substantiellement important parce qu'elle porte sur le règlement des différends entre parties (V. également le § 3 de l'article 19). En conséquence, si des lettres de confirmation contiennent une telle clause et que l'offre reste quant à elle muette quant à la détermination de la compétence, c'est à bon droit que les juges d'appel ont, en conformité avec les articles 18 et 19 de la Convention, refusé de donner application à ladite clause (décision de rejet). V. également les observations de B. ANCEL et H. MUIR WATT, *R.C.D.I.P.*, 1999, pp. 123 à 133. Il est intéressant de noter avec ces auteurs que, dans cette décision, la juridiction française a conclu à l'annulation réciproque des clauses contradictoires. On peut cependant douter que l'article 19 fonde lui-même une telle solution. Conformément à ses §§ 1 et 3, en effet, pareille contradiction devrait disqualifier l'acceptation en contre-offre et, ainsi, s'opposer à la reconnaissance de l'accord au moment de

l'offre primitive ne se trouve pas substantiellement modifiée¹³³, de sorte que le principe de la contre-offre semble destiné à trouver application de manière assez large¹³⁴.

78.- Relevons d'emblée que le projet initial était moins rigoureux et offrait la faculté de nuancer la règle au regard des circonstances particulières de l'espèce. Il était en effet précisé que ces éléments perdaient ce caractère d'"essentiel" lorsqu'il y avait "*lieu de croire que ces éléments sont acceptables pour l'auteur de l'offre*"¹³⁵.

2°. Les objections de l'offrant

sa réception. Comme le relèvent encore ces auteurs, la doctrine reste divisée relativement à cette question. Certains ont ainsi défendu l'idée que le § 3 de l'article 19 ne contiendrait en réalité qu'une présomption réfragable de l'importance que revêtent les points qu'il cite pour les parties. Dès lors, les circonstances de la cause, comme les usages et habitudes existant entre les parties, pourraient justifier qu'un élément, bien que contenu dans la liste du § 3, ne soit pas *in specie* considéré comme altérant effectivement la substance de l'offre. Les parties auraient en quelque sorte dérogé "*tacitement*" au caractère substantiel d'un élément contenu dans l'offre. V. P. SCHLECHTRIEM, *o.c.*, p. 140. Bien que permettant la sauvegarde du contrat, pareille interprétation ne paraît cependant pas avoir ici fondé la position de la Cour de cassation française.

La décision rendue, le 13 décembre 1995, par la 1^{re} chambre de la Cour d'appel de Paris (*Isea Industrie stipulation pour autrui c. SA LU*, <http://www.jura.uni-sb.de/FB/LS/Witz/131295v.htm>) concernait également un litige portant sur l'application de conditions générales contradictoires, et en particulier sur la présence, dans les documents échangés par les parties, de clauses attributives de compétence désignant des juges différents. La Cour ne s'est pas à proprement positionnée quant au conflit né de cette contradiction. Elle a résolu le litige principalement au regard de l'article 17 de la Convention de Bruxelles qui pose une règle rigoureuse en matière de validité des clauses attributives de compétence. Celles-ci doivent, en effet, être faites par écrit, être conformes aux habitudes des parties, mais également être effectivement connue des parties. Ces exigences n'ayant pas été rencontrées par les deux parties, la Cour n'aborda même pas l'article 19 de la Convention.

V. pour des commentaires notamment A. TUMMERS, *o.c.*, p. 598 et les critiques émises par Fr. VERGNE, *o.c.*, pp. 255 et suivantes ; J.C. KELSO, *o.c.*, p. 3.

¹³³ W.A. STOFFEL, *o.c.*, p.73 ; C. MOULY, "La formation du contrat", *o.c.*, p.63 ; V. HEUZE, *o.c.*, p.174, n°186 A.T. LEETE, *o.c.*, p. 10 ; P. KAHN, *o.c.*, p.966. Ce dernier auteur invite cependant à une certaine souplesse, ce qui suppose que le principe soit interprété au regard des usages et habitudes du secteur concerné par la vente. Selon lui, l'allongement du délai de livraison n'aura, en effet, pas la même portée selon qu'il s'agit de livrer du matériel de bureau ou des fruits et légumes. V. également J. HONNOLD, *o.c.*, 1999, p. 187, n° 169.

V. HEUZE relève quant à lui cette tendance doctrinale qui est de vouloir tempérer le principe en tenant compte "*des particularités de chacun des contrats en cause, et de la subjectivité des parties*"(*o.c.*,p.147). Il se refuse à approuver cette perspective qui n'est selon lui pas conforme à la lettre de l'article 19 et à l'intention des rédacteurs de la Convention (n°186).

¹³⁴ La liste établie à l'article 19 en effet est beaucoup plus complète que ce qui est généralement admis par les systèmes juridiques. Si la vente est parfaite au regard de ces droits - parce qu'il y a accord sur la chose et le prix par exemple - alors même que des éléments secondaires ont été réservés, la Convention applique un régime inverse : tant qu'une divergence existe sur les points énumérés, il faut présumer que la déclaration n'est pas une acceptation, mais un rejet de l'offre, sauf s'il y a eu une manifestation de volonté en sens contraire.

¹³⁵ D.O., p.25 et D.O., n°3 VI, p.104 et n°53, p.304 cité par K. NEUMAYER et C. MING, *o.c.*, p.181 ; J. HONNOLD, *o.c.*, 1999, p. 183, note 2.

79.- L'offrant originaire qui réceptionne l'acceptation et y lit des modifications ou adjonctions qu'il n'entend pas accepter dispose, en vertu du § 2 de l'article 19, du pouvoir de les refuser. La Convention exige cependant que la protestation intervienne "*sans retard indu*".

80.- La Convention reste muette quant aux éléments permettant d'apprécier si l'offrant a réagi dans un délai raisonnable, entraînant des difficultés pratiques certaines, notamment lorsque les parties n'interprètent pas la durée de ce délai de la même manière. Il en sera d'autant plus ainsi lorsque l'une d'entre elles procède à l'exécution de la convention. On ne peut éviter, en effet, des situations où le destinataire de l'offre initiale accepte, sous certaines conditions, de conclure le contrat, mais où l'offrant refuse de s'y soumettre et s'y oppose. Qu'advient-il alors si, entre-temps, l'acceptant commence à exécuter la convention ? "*If the offeror objects to a reply which adds 'ship immediately' on the grounds that, where no delivery date is specified, the seller must deliver the goods 'within a reasonable time after the conclusion of the contract', the reply is a rejection of the offer... in the normal course of events in which the offeror objects to (such) a non-material addition or limitation, the two parties will agree on mutually satisfactory terms without difficulty. However, since the offer was rejected by the addition of the non-material alteration to which the offeror objected, the offeree may not longer accept the original offer*"¹³⁶.

81.- En outre, si l'acceptation du destinataire de l'offre est interprétée comme une acceptation "modalisée" au sens de la Convention et que l'offrant s'oppose aux termes ainsi proposés, celle-ci est considérée comme une contre-offre, rendant caduque l'offre initiale. En conséquence, le destinataire de l'offre initiale se trouve dépourvu et ne peut revenir sur sa position. Cet effet négatif a été relevé, aux cours des discussions présidant à l'élaboration de la Convention, par la délégation néerlandaise. Celle-ci proposa alors d'ouvrir, dans cette circonstance, la possibilité pour le destinataire de l'offre initiale de retirer sa contre-offre et d'accepter de se soumettre aux termes contenus dans l'offre initiale¹³⁷. Cet amendement fut cependant rejeté.

c) Portée concrète de l'article 19

82.- Lorsque la contradiction des conditions générales porte sur un élément essentiel, l'acceptation constitue une contre-offre (article 19, § 1). Le contrat ne se formera dès lors que si l'offrant originaire accepte les termes de cette nouvelle proposition. Ce principe a des conséquences pratiques importantes. Si, en effet, le pollicitant originaire n'y a pas égard et

¹³⁶ *Ibidem*.

¹³⁷ Celle-ci proposait en effet d'ajouter à l'article 19 que "*if the offeror does so object, the offeree can promptly retract the additional or different terms and the terms of the contract are those of the offer*" (United Nations Conference on Contracts for the International Sale of Goods, Official Records, U.N., Doc. A/Conf.97/19, 1981, 230, sales No. E; 81IV.3.

exécute le contrat, celui-ci sera réputé conclu par cet acte d'acceptation et ce aux conditions contenues dans la contre-offre. Ce n'est en effet que si, au moment de la réception de cette dernière, il en accuse réception mais y ajoute ses propres conditions générales que le contrat pourra être conclu selon les termes de celles-ci à la condition, à nouveau, que l'acceptant n'ajoute plus de réserve. On le voit, le principe posé peut aboutir à la situation paradoxale où l'objet du contrat est exécuté alors que les parties ne l'ont pas réellement voulu, notamment parce qu'elles ont assorti, successivement, leurs émissions de volonté de conditions contradictoires. On ne peut que reconnaître avec V. HEUZÉ¹³⁸ l'insatisfaction qui résulte de l'application tout aussi "illégitime" que si on appliquait le principe du *last shot*.

Lorsque, au contraire, la divergence ne porte que sur un élément secondaire et que l'offrant refuse l'application de pareilles conditions, il semble falloir conclure que le principe posé par le § 1^{er} prévaut : l'acceptation est une contre-offre. Si l'offrant originaire ne réagit pas, le contrat est alors conclu selon les conditions générales prévues dans l'offre, mais en tenant compte des points modifiés par les conditions générales de l'acceptation.

2. Conclusion

83.- En rédigeant des conditions générales, les parties entendent se prémunir contre les éventuels écueils du droit commun, et ainsi s'assurer une protection la plus large possible. Pourtant, le seul fait que le contractant fasse de même est un terrain propice aux litiges. Chaque partie prendra soin, au moment où elle émet son intention ferme et définitive, de l'assortir de ses conditions générales. Si elle prend la peine de lire celles de l'autre, elle en contestera l'application, ce qui annulera la condition litigieuse, sauf nouvelle protestation de l'autre. La solution n'est ainsi guère éloignée, en fin de compte, de ce qui est admis en droits anglais et allemand. *"La Convention de Vienne paraît à cet égard avoir d'autant ravivé la bataille des formulaires qu'elle prend en compte le comportement du destinataire de l'offre et y attache des conséquences déterminantes"*¹³⁹.

84.- Les principales objections soulevées à l'encontre de la solution précisée dans la Convention de Vienne se situent dans le sort qu'elle réserve à l'hypothèse où, postérieurement à la réception de l'acceptation "modalisée", l'offrant originaire procède à l'exécution du contrat, particulièrement lorsque l'élément modifié est un de ceux prévus dans la liste établie à l'alinéa 3 de l'article 19. Le droit national applicable en vertu des règles de conflit de loi permettra alors seule de dégager la solution de pareil litige.

¹³⁸ V. HEUZE, *o.c.*, p.148, n°187.

¹³⁹ G.HORSMANS, *o.c.*, p.16, n°25

B. Les principes UNIDROIT¹⁴⁰

85.- La solution que les Principes UNIDROIT apportent au *battle of forms* s'inscrit dans la ligne de la *favor contractus* qui les sous-tendent¹⁴¹.

Contrairement à la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises, ces derniers consacrent plusieurs dispositions aux "clauses-types", c'est-à-dire, en vertu de l'article 2.19 (2) aux "(...) dispositions établies à l'avance par l'une des parties pour un usage général et répété et effectivement utilisées sans négociation avec l'autre partie". Conformément aux Commentaires officiels, la forme dans laquelle se présentent de telles clauses, de même que leur rédacteurs sont indifférents¹⁴². Seul importe le fait que celles-ci n'aient pas fait l'objet d'une négociation particulière et se présentent comme des dispositions standardisées. Cette définition rencontre par ailleurs celle généralement retenue par les droits nationaux.

1. Les principes

86.- L'article 2.19 énonce que "*les règles générales relatives à la formation du contrat s'appliquent lorsque l'une des parties ou les deux utilisent des clauses-types, sous réserve des articles 2.20 à 2.22*" (alinéa 1^{er}).

Les articles 2.20, 2.21 et 2.22 des Principes sont ainsi propres aux situations où aucune négociation n'est intervenue entre les parties relativement aux conditions qu'elles entendent intégrer dans le champ contractuel. Le premier tend à protéger le contractant contre les clauses perçues comme "inhabituelles", c'est-à-dire celles que ce dernier ne pouvait raisonnablement s'attendre à voir figurer dans le contrat¹⁴³. Le second fait quant à lui prévaloir

¹⁴⁰ J. BONELL, *An international Restatement of contract law, the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, 2^{ème} éd., Transnational Publishers, Inc., New York, 1997, pp. 67 et suivantes ; R. SACCO, "Formation of contract", *Towards an European Civil Code*, 1998, n°6.

¹⁴¹ V. pour d'autres applications de cette *favor contractus*, J. BONELL, *o.c.*, 1997, pp.66 et suivantes.

¹⁴² *Commentaires*, p. 59.

¹⁴³ Les Principes UNIDROIT parlent en réalité, dans la version anglaise, de "*surprising terms*".

L'article 2.20 est libellé comme suit :

"1. Une clause reproduisant une clause-type est sans effet lorsqu'elle est d'une nature telle que l'autre partie ne pouvait raisonnablement s'attendre à la voir figurer au contrat, à moins que celle-ci n'y consente expressément.

2. Pour déterminer si une clause est d'une telle nature, on prend en considération son contenu, le langage employé ou sa présentation".

Cette disposition constitue donc une exception au principe selon lequel l'acceptation d'une partie à un contrat emporte un acquiescement à l'ensemble des clauses que celui-ci contient. Ainsi, dès lors que des conditions générales contiennent une clause "inhabituelle", quand bien même une acceptation, expresse ou tacite, pourrait être trouvée, cette clause sera réputée non écrite et ne liera pas celui qui a accepté.

Cette exception s'explique par une volonté de contrer les abus par lesquels une partie entendrait intégrer parmi les clauses qu'elle propose certaines qui déséquilibrent la relation contractuelle par leur caractère injuste. Afin

les clauses négociées sur celles qui ne le sont pas¹⁴⁴. La troisième, enfin, aborde plus particulièrement le conflit entre des clauses-types contradictoires¹⁴⁵.

87.- En réalité, deux règles de portée générale sont susceptibles d'influencer le sort réservé au conflit né de la contradiction de conditions générales¹⁴⁶.

L'article 2.6, tout d'abord, admet que l'acceptation soit tout autant expresse que tacite¹⁴⁷. L'article 2.20 déduit quant à lui une conséquence de la première disposition : une fois l'acceptation constatée, celle-ci s'étend également aux termes contenus dans les conditions générales, sauf s'il s'agit d'une clause "*inhabituelle*".

88.- En tout état de cause, poser pour règle que les dispositions relatives à la formation des conventions s'appliquent aux documents unilatéraux rédigés par les parties implique que le contrat ne puisse être considéré comme conclu entre elles que pour autant qu'elles aient été acceptées. Les Commentaires adjoints à l'article 2.19 opèrent sur ce point une distinction selon que ces clauses sont intégrées dans le contrat lui-même ou non. Dans le premier cas, elles font partie intégrante de celui-ci pour autant qu'elles précèdent la signature et ne se retrouvent pas dans un document distinct. Dans le second, c'est-à-dire lorsque les dites clauses sont insérées dans un document séparé, la partie qui entend les invoquer devra, de manière expresse, s'y référer. "*L'incorporation implicite ne peut être admise que s'il existe une pratique établie entre les parties ou un usage à cet effet*"¹⁴⁸.

cependant de proposer une solution équitable et respectueuse des deux intérêts en présence, les Principes UNIDROIT prennent soin de préciser que si une telle clause est insérée dans des clauses-types et que son auteur attire l'attention de l'autre sur son existence, l'acceptation s'y étendra également. Dans ce cas, en effet, celui à qui on entend opposer cette clause ne peut plus arguer de son caractère "*surprenant*" puisqu'il devait raisonnablement en avoir connaissance et avoir accepté en toute connaissance de cause.

¹⁴⁴ Selon cette disposition, en effet, "*en cas d'incompatibilité entre une clause-type et une clause qui ne l'est pas, cette dernière l'emporte.*"

¹⁴⁵ Selon l'article 2.22, intitulé "désaccord sur les clauses-types", "*lorsque les parties utilisent les clauses-types sans parvenir à un accord sur celles-ci, le contrat est néanmoins conclu sur la base des clauses convenues et des clauses-types qui, pour l'essentiel, sont communes aux parties, à moins que l'une d'elles ne signifie à l'autre, soit à l'avance, soit ultérieurement et sans retard indu, qu'elle n'entend pas être liée par un tel contrat.*"

¹⁴⁶ Ch. MAHE, *o.c.*, pp. 11-12.

¹⁴⁷ Selon cette disposition, en effet, "*constitue une acceptation toute déclaration ou autre comportement du destinataire indiquant qu'il acquiesce à l'offre. Le silence ou l'inaction ne peuvent à eux seuls valoir acceptation.*" (alinéa 1^{er}). En outre, "*l'acceptation d'une offre prend effet au moment où l'indication d'acquiescement parvient à l'auteur de l'offre*" (alinéa 2). Mais, "*si, en vertu de l'offre, des pratiques établies entre les parties ou les usages, le destinataire peut, sans notification à l'auteur de l'offre, indiquer qu'il acquiesce en accomplissant un acte, l'acceptation prend effet au moment où cet acte est accompli.*" (alinéa 3).

¹⁴⁸ Commentaires, p. 60.

89.- Plus particulièrement, l'article 2.22 - applicable aux seules "*clauses-types*"¹⁴⁹ - énonce que "*lorsque les parties utilisent des clauses-types sans parvenir à un accord sur celles-ci, le contrat est néanmoins conclu sur la base des clauses convenues et des clauses-types qui, pour l'essentiel, sont communes aux parties, à moins que l'une d'elles ne signifie à l'autre, soit à l'avance, soit ultérieurement et sans retard indu, qu'elle n'entend pas être liée par un tel contrat*"¹⁵⁰. La conclusion de l'accord est ainsi recherchée, indépendamment de la rencontre effective des consentements sur les termes des clauses unilatéralement rédigées. La possibilité pour les Principes de suppléer aux éventuelles lacunes est également de nature à favoriser pareille situation. La convention ainsi née se composera des clauses communes aux deux parties, celles qui divergent s'annulant quant à elles réciproquement et se voyant substituer les principes du droit commun (*knock out theory*), sauf si une des parties s'y oppose formellement.

90.- Par application des Principes UNIDROIT, la reconnaissance de l'existence du contrat ne sera refusée que lorsqu'une partie subordonne son acquiescement à celui-ci à l'application de ses propres conditions générales et que demeure une contradiction avec l'attitude adoptée par l'autre¹⁵¹. Le commencement d'exécution posé par ce dernier rend cependant l'issue du litige incertaine, bien que l'on puisse, au regard de l'article 2.6, plaider pour une acceptation tacite.

91.- Les principes UNIDROIT font écho à la *knock out rule*, sauf si les parties ont exprimé leur intention contraire à l'avance ou sans retard indu après la réception des clauses contradictoires. Les Commentaires qui s'y joignent insistent cependant sur le fait qu'une clause de style ne serait sur ce point pas suffisante¹⁵². Les auteurs du texte exigent en effet une déclaration spécifique. Nous savons qu'il en est de même en droit néerlandais où il faut que l'attention de l'autre partie soit attirée sur l'existence de la divergence.

Selon les Commentaires, "*la doctrine du 'last shot' peut être appropriée si les parties indiquent clairement que l'adoption de leurs clauses-types est une condition essentielle pour la conclusion du contrat. Lorsque d'un autre côté, les parties, comme cela est très souvent le cas dans la pratique, font référence à leurs clauses-types de façon plus ou moins automatique, par exemple en échangeant des commandes et des accusés de réception imprimés contenant*

¹⁴⁹ L'article 2-22 limite son emprise aux clauses-types. Le conflit entre une clause négociée et une clause type est exclu de cette disposition et reste soumis à l'article 2.21. V. *supra*.

¹⁵⁰ C'est nous qui soulignons.

¹⁵¹ Cette règle fait ainsi exception au principe traditionnel de la *mirror image rule*. V. sur ce point les commentaires de J. BONELL, *o.c.*, 1997, p. 67.

¹⁵² Commentaires, p. 66.

les clauses respectives sur le côté opposé, elles ne sauront normalement même pas que leurs clauses sont divergentes. Dans ce cas, s'il n'y a pas de raison de permettre aux parties de mettre ultérieurement en doute l'existence même du contrat, ou, si elles ont commencé à exécuter leurs prestations, d'insister sur l'application des clauses-types envoyées ou visées en dernier lieu. C'est pour cette raison que le présent article prévoit, nonobstant les règles générales sur l'offre et l'acceptation, que lorsque les parties utilisent des clauses-types sans parvenir à un accord sur celles-ci, le contrat est néanmoins conclu sur la base des clauses convenues et des clauses-types qui sont pour l'essentiel communes aux deux parties (doctrine du 'knock out')"¹⁵³. D'emblée, lesdits Commentaires acceptent pourtant qu'une des parties exclue la règle de l'annulation réciproque si elle indique sa volonté à l'avance ou, sans retard indu, dès la réception des clauses contradictoires.

92.- Pour ce qui est du contenu du contrat, les Principes UNIDROIT combinent une application du *last shot* et du *first shot*. Une troisième voie peut également être dégagée par la primauté que ceux-ci entendent réserver, dans certaines circonstances, à l'expression de volonté.

Trois perspectives sont donc possibles selon que trouveront application les clauses communes aux deux parties (principe) ou celles d'une seule des parties soit parce que celle-ci a seule attiré l'attention de l'autre sur sa volonté de les voir appliquer de manière exclusive, soit parce que, ayant accepté la conclusion du contrat, elle a, sans retard, subordonné la dite conclusion à l'application de ses seules conditions. Prévaut ainsi, dans les deux dernières alternatives envisagées, la volonté la plus expresse.

2. Conclusion

93.- Les Principes UNIDROIT abordent la problématique du conflit des conditions générales sous l'angle de la formation (1^{ère} question), et non du contenu (2^{ème} question), du contrat. Le principe posé par l'article 2.22 s'exprime, en effet, en termes de conclusion lorsqu'ils énoncent que "*le contrat est néanmoins conclu ... à moins que...*".

Le recours, par les parties, à des clauses standardisées n'empêche en principe pas la formation du contrat. Si tel est le cas, la seconde question, celle du contenu à réserver à la convention, est résolue de manière simple et déductive : le contrat comprendra, d'une part, les clauses négociées entre les parties et, d'autre part, celles – par hypothèse non négociées – qui leur sont communes. Pour ce qui est des clauses divergentes, l'acceptation tacite pourra être constatée et, si tel est le cas, les clauses jointes à la dite acceptation s'intégreront dans le contrat sauf si elles sont "inhabituelles".

¹⁵³ Commentaires, p. 66.

Il se peut cependant, et c'est là le tempérament adopté par la règle, qu'une des parties ait précisé, de manière claire - exigence que ne rencontre pas une clause de style - soit par avance, soit postérieurement à la réception des conditions contradictoires mais sans retard, qu'elle n'entendait pas se soumettre à un tel contrat. Dans ce cas, le contrat n'est tout simplement pas conclu.

Le principe paraît à première vue rigoureux. Mais cette rigueur apparente cède face à l'exigence imposée : la conclusion du contrat ne pourra en effet être refusée que si une des parties affirme, de manière claire, son intention de ne pas accepter les clauses contractuelles de l'autre, c'est-à-dire refuse de se soumettre à une clause sur laquelle elle ne marque pas son accord. Ceci reviendrait, dans notre droit, à considérer que cette partie a fait de l'élément divergent un élément déterminant de son consentement, soit un élément "substantiellement" important, susceptible de faire obstacle à la reconnaissance de l'accord. L'apparente rigueur ainsi déduite de la fermeté des termes utilisés se dissipe donc et rapproche la solution de ce qui est admis en droits belge, français et néerlandais.

94.- Pourtant, bien qu'aboutissant à la même solution, il est intéressant de constater que les Principes UNIDROIT ne s'embarrassent guère des distinctions traditionnelles aux pays de *civil law* entre les éléments essentiels et accessoires. Seule semble en effet déterminante l'attitude des parties. Cette perspective est pertinente et présente en outre à notre sens l'avantage d'esquiver nombres de litiges sur le sens à accorder au caractère "essentiel" ou "accessoire", voire encore "substantiel", des éléments constituant la convention, sens susceptibles de diverger entre les États.

C. Les Principes européens du droit des contrats

95.- L'effort européen d'harmonisation du droit des contrats, guidé par la Commission LANDO, ne pouvait garder le silence sur la problématique aiguë du *battle of forms* et ainsi s'en remettre à l'insécurité d'une solution puisée dans la diversité des droits nationaux. Ainsi, à l'instar des Principes UNIDROIT, deux dispositions spécifiques - les articles 2-209 et 2-104 - énoncent les principes de solution à apporter à ce conflit.

96.- L'article 2-209¹⁵⁴, intitulé "*incompatibilité entre conditions générales*", est libellé comme suit :

(1) Lorsque les parties sont parvenues à un accord mais que l'offre et l'acceptation renvoient à des conditions générales incompatibles, le contrat est néanmoins conclu.

¹⁵⁴ Cette disposition se situe dans la seconde section - "*Offer and acceptance*" - du chapitre II consacré à la formation des contrats. L'article 2-104 que nous citons plus loin se situe quant à lui dans la première section de ce même chapitre, consacrée aux "*General Provisions*".

Les conditions générales s'intègrent au contrat pour autant qu'elles sont pour l'essentiel communes aux parties.

(2) Le contrat, cependant, n'est pas formé si une partie

(a) a indiqué à l'avance, explicitement et non dans ses conditions générales, qu'elle ne veut pas être liée par ce contrat en vertu de l'alinéa 1^{er} ;

(b) ou informe ultérieurement et sans retard l'autre partie qu'elle n'entend pas être liée par le contrat.

(3) Les conditions générales du contrat sont les clauses qui ont été établies à l'avance par une partie pour un nombre indéfini de contrats d'une certaine nature et qui n'ont pas été l'objet d'une négociation individuelle entre les parties"

97.- Tout comme les Principes UNIDROIT - dont l'article 2.22 ne régit que les "*clauses-types*" -, les Principes européens ont pris soin de définir la situation à laquelle ils entendent fournir une solution. L'article 2-104, qui appréhende la problématique des "*clauses qui n'ont pas été individuellement négociées*", précise en effet que :

"(1) Les clauses d'un contrat qui n'ont pas été individuellement négociées peuvent être opposées à une partie qui ne les connaît pas uniquement si celui qui les oppose les a raisonnablement portées à sa connaissance avant ou au moment de la conclusion du contrat;

*(2) Les clauses ne sont pas portées à la connaissance d'une partie de manière appropriée par une simple référence à leur existence inscrite dans un document contractuel, même si cette partie signe le document"*¹⁵⁵

98.- Ainsi, tant dans les Principes UNIDROIT que dans les Principes Européens, le *battle of forms* se présente comme un conflit entre des conditions non négociées (article 2-209, alinéa 3).

¹⁵⁵ Traduction libre de

" (1) Contract terms which have not been individually negotiated may be invoked against a party would it not know of them only if the party invoking them took reasonable steps to bring them to the other party's attention before or when the contract was concluded

Terms are not brought appropriately to a party's attention by a mere reference to them in a contract document, even if that party signs the document "

Les Commentaires joints à cette disposition précisent en outre que *"(...) a contract is only concluded if the parties have agreed on its express terms. This rule also apply when a party invokes standard terms or other not individually negotiated terms as part of the contract. The other party can only be held to terms which the first party took appropriate steps to bring to the other's knowledge before or when the latter accepted contract. This requirement will be fulfilled when the standard terms form part of the contract document which the other party has signed. It is also fulfilled when the terms are printed on the back side of the letter containing the offer or on a separate enclosure when reference has been made of the standard terms in the offer (...)"* (Commentaires, p. 149-150). Ceux-ci poursuivent en considérant que *"terms which have been duly brought to the attention of a party will become part of the contract. If a party not taken appropriate steps to bring the terms to the other party's attention the contract is treated as having been made without this terms"* (Ibidem, p. 150).

Selon ces articles, outre les conditions concordantes, peuvent également être fondues dans l'accord les clauses dont l'existence a été raisonnablement portée à la connaissance de l'autre, indépendamment de leur acceptation effective ou de la connaissance réelle de leur contenu. Cette conception témoigne d'une volonté croissante d'apporter à la vie des affaires des solutions pragmatiques et efficaces, inspirées davantage d'une analyse du comportement adopté par les parties que de l'approche traditionnelle du processus de rencontre entre une offre et une acceptation.

99.- En posant ce principe, tout problème ne se trouve pas pour autant résolu. Demeure en effet l'incertitude de la solution à apporter à l'hypothèse où les conditions sont communiquées postérieurement à l'échange des volontés, par exemple conjointement à l'envoi d'une facture. Mais il s'agit là d'une situation que nul instrument n'aborde de manière expresse.

1. Les principes

a) Champ d'application de la règle

100.- Le commentaire de ces dispositions définit leur champ d'application de manière stricte. Tout d'abord, ne sont visées que les clauses qui n'ont fait l'objet d'aucune négociation individuelle (article 2-209, alinéa 3). L'article 2-209 ne pourra ainsi trouver application lorsque l'une des parties, malgré la divergence de ses propres conditions par rapport à celles de son partenaire, accepte le contenu de ces clauses contradictoires, par exemple en signant le document contractuel¹⁵⁶.

Ensuite, l'article 2-209 vise l'hypothèse où les clauses sont en "réel conflit", ce qui n'est pas toujours le cas. Ainsi, cette disposition sera exclue, selon les Commentaires qui l'accompagnent, lorsque *"one party's general conditions contain terms which are implied in any contract of that kind, or that they merely list technical specifications of the goods or service to be supplied or performed by A."* Et de conclure :

"There is (...) a battle of forms even if only one party's conditions contain provisions on an issue, when its conditions deviate from the general rules of law, and it is to be understood that the other party meant the rules of law to cover the issue. Thus Article 2-209 will govern the situation where in its offer the supplier's general conditions

¹⁵⁶ O. LANDO et H. BEALE, *Principles of European Contract Law, Parts I and II, Combined and revised*, Kluwer Law International, 2000, p. 181. Cette solution se dégage également des autres systèmes juridiques, mais ne s'y trouve nullement consacrée si ce n'est dans les Principes UNIDROIT.

contain a price escalation clause and the buyer in its acceptance uses a form which says nothing about later changes in the price ¹⁵⁷

101.- Cette référence à des clauses qui divergent des "*general rules of the law*" est intéressante et fait ainsi écho à une limitation jadis dégagée en droit anglais. Elle réduit cependant d'autant le champ des litiges susceptibles d'être qualifiés de *battle of forms* au sens des Principes puisque l'on peut raisonnablement en déduire qu'un "désaccord" - ou plutôt l'absence d'accord - sur un élément conforme au droit commun devra être exclu du champ d'application de la règle.

b) La solution apportée au conflit

102.- Les Principes Européens résolvent, en une disposition spécifique, l'article 2-209, le conflit entre conditions générales contradictoires. Le principe posé par l'alinéa 1^{er} repousse la conception traditionnelle de la *mirror image rule*, et y substitue le principe inverse : la non-conclusion du contrat en raison de divergences est une exception¹⁵⁸. En principe en effet, lorsque les parties l'ont voulu ainsi, le contrat est formé et verra son contenu régi par les dispositions communes¹⁵⁹ insérées dans les conditions générales de chacune des parties (*knock out theory*).

103.- La présente disposition reste cependant muette sur le sort à réserver aux points de discorde. La seule certitude qu'elle contient est son absence d'incidence sur la formation de l'accord. Les Commentaires officiels répondent cependant en toute clarté à cette interrogation :

"The courts may apply the Principles to decide the issue on which the conditions are in conflict. Usages in the relevant trade and practices between the parties (see article 1-105) may be particularly important here, for example if there is an usage of employing conditions which have been made under the auspices of official bodies such as the General Conditions of the Economic Commission of Europe or standards forms promoted by some other neutral organisation. If the issue is not explicitly covered either by the Principles or by the usages or practices, the court or the arbitrator may

¹⁵⁷ O. LANDO et H. BEALE, *o.c.*, 2000, p.182.

¹⁵⁸ Il s'agit ainsi d'une exception particulière au principe également énoncé à l'article 2-208 des Principes européens sur l'acceptation modalisée.

¹⁵⁹ Le texte parle des dispositions qui sont "*common in substance*". Il s'agit bien entendu d'une identité de résultat et non de formulation.

consider the nature and purpose of the contract and apply the standard of good faith and fair dealing to fill the gap, see article 6-102."¹⁶⁰

104.- L'alinéa 2 de l'article 2-209 envisage quant à lui l'hypothèse - exceptionnelle - où le contrat n'est pas formé. Il n'en sera ainsi que si une des parties manifeste sa volonté dans ce sens, soit avant même l'échange de consentement, soit dans un délai court après la réception des conditions contradictoires. La divergence devient alors un point nécessitant un accord effectif des volontés, tout comme c'est également le cas dans les Principes UNIDROIT.

Allant plus loin que ces derniers, cependant, les Principes Européens prennent soin de préciser dans la disposition même que la volonté, pour une partie, de ne point se soumettre aux clauses de l'autre ne peut être manifestée par une clause de style présente dans ses conditions générales. Il reste que les Commentaires officiels des Principes UNIDROIT, qui sont le soutien nécessaire de la règle formulée, posent la même règle, de sorte que, dans la pratique, la solution apportée au litige ne sera pas différente.

2. Conclusion

105.- Tant les principes UNIDROIT que les Principes européens ont le mérite de consacrer une disposition spécifique au *battle of forms*, résolvant ainsi nombres de situations litigieuses. En outre, tous deux appréhendent cette problématique sous l'angle de la formation des conventions, et non sous celui de l'interprétation de ses termes. La règle posée est en outre identique, seule la formulation est différente ; les Principes européens se voulant plus précis, non seulement par une référence expresse à la nécessité pour les parties d'avoir manifesté une intention de conclure ("*if the parties have reached agreement ...*"), mais aussi quant à la forme que doit prendre la manifestation de volonté de celui qui se refuse à accepter les termes proposés par l'autre ("*explicitly and not by way of general conditions*").

Pour les Principes européens, une fois résolue la question de l'existence de la convention - qui est le principe -, celle de son contenu se résout par l'application de la théorie de l'annulation réciproque. Trouvent en effet seules à s'appliquer les stipulations concordantes (articles 2-209, alinéa 1^{er} des Principes européens et 2-22 des Principes UNIDROIT), les points non régis¹⁶¹

¹⁶⁰ O. LANDO et H. BEALE, *o.c.*, 2000, p.183.

¹⁶¹ Il peut s'agir tant des points sur lesquels les parties ont établi des solutions divergentes que ceux sur lesquels les deux parties ou une d'entre elles restent muettes. Ainsi, le contenu du contrat est déterminé par le plus petit commun dénominateur des conditions générales communiquées.

Notons également le lien nécessaire que nous devons faire entre la problématique du *battle of forms*, que nous appréhendons ici et l'article 2-208 des Principes Européens, consacrant la question de l'acceptation "modalisée" ("*Modified Acceptance*") que nous avons abordée dans la partie générale consacrée à l'offre et l'acceptation. V. *supra*.

restant hors du champ contractuel. Les Principes ne réglementent pas le sort réservé à ces derniers éléments, contrairement aux droits nationaux qui y voient une application subsidiaire du droit commun. Une réponse identique semble cependant devoir être de mise. Les dispositions supplétives des Principes suppléeront ainsi, ou, à défaut, le droit national applicable en vertu des règles de conflits de loi¹⁶². Les Commentaires officiels de l'article 2-209 sont explicites sur ce point.

106.- Si les Principes Européens et les Principes UNIDROIT se rencontrent largement en ce qui concerne le *battle of forms*, l'on ne peut omettre que les premiers présentent un champ d'application qui s'étend au-delà des seules transactions internationales nouées entre deux professionnels, seules visées par les Principes UNIDROIT. L'idée est en effet de régir potentiellement tant les relations nationales que transnationales, et tant commerciales que civiles. La divergence des solutions adoptées par ces deux systèmes réside par ailleurs probablement dans ces objectifs distincts.

SECTION 2. CONSIDÉRATIONS CRITIQUES

107.- S'interroger sur la solution apportée au conflit présenté par des conditions générales discordantes revêt un intérêt considérable et est source d'un enrichissement certain. Cette problématique offre en effet au juriste l'opportunité de s'ouvrir, sous un angle particulier, aux spécificités des systèmes juridiques, mais également d'interroger et de critiquer ses propres sources. Dans ce domaine particulier, en effet, diffèrent tant le fondement que le contenu des solutions choisies.

108.- Certains systèmes ont privilégié la voie normative, dans une perspective plus achevée (droit allemand, Principes UNIDROIT, Principes européens), ou plus partielle (code civil néerlandais, Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises, droit américain¹⁶³). D'autres abandonnent au juge un pouvoir de création de la norme, témoignant ainsi d'une capacité inégalable d'adaptation aux circonstances de l'espèce, mais présentant, en contrepartie, le revers d'être susceptible d'engendrer une diversité des décisions rendues, amputant d'autant la sécurité juridique.

¹⁶² Dans le même sens, Ch. MAHE, *o.c.*, p.29.

¹⁶³ Il est par ailleurs intéressant de constater sur ce point qu'un système essentiellement prétorien comme le droit des États-Unis ait pris le soin d'aborder spécifiquement cette problématique alors que d'autres pays de *civil law*, pourtant plus enclins aux solutions légales, ont délaissé la solution du *battle of forms* aux juges (droits belge et français).

109.- Plus fondamentalement, le contenu des solutions proposées diverge également.

La problématique du *battle of forms* est complexe et ne reçoit pas une réponse uniforme. Le caractère lacunaire des textes nationaux, voire leur inexistence, l'embarras souvent manifesté par la doctrine et les hésitations jurisprudentielles ne favorisent pas une vue d'ensemble de cette question dont la solution est souvent abandonnée à la sagacité des juges du fond, au gré des circonstances de l'espèce. Pourtant, les enjeux sont majeurs, particulièrement lorsque l'on tend vers une extension des échanges transnationaux. Entre liberté contractuelle et sécurité juridique, les systèmes penchent souvent pour des solutions divergentes, bien qu'une tendance certaine aujourd'hui privilégie la reconnaissance de l'accord, faisant ainsi prévaloir la *deal is on philosophy* américaine.

110.- Comme nous l'avons relevé, la divergence présentée par des conditions générales contradictoires suscite deux interrogations.

111.- La première, qui tend à constater l'existence ou l'inexistence de l'accord, trouve une réponse largement analogue dans les différents systèmes analysés. Tous admettent en principe que le contrat se forme par la rencontre d'une offre et d'une acceptation en tous points conformes. Deux émissions de volonté unilatérales seront créatrices de droits conventionnels si elles se correspondent et le fait qu'aux accords se joignent des conditions standardisées n'est pas de nature à énerver cette considération. Appliquée dans toute sa rigueur, la *mirror image rule* compromettrait cependant la rapidité du commerce, tant national que transnational, et s'ajusterait difficilement à la réalité et cela tous les systèmes l'ont compris. Partant de ce constat, la portée de la règle a été atténuée dans une mesure variable. Cette règle, qui exige une équivalence parfaite entre les volontés exprimées, reste cependant le principe dans certains droits (Belgique, France, Angleterre, Convention de Vienne), alors que d'autres en ont fait l'exception (Principes UNIDROIT, Principes Européens).

Les inconvénients engendrés par la *mirror image rule*, fruit de la conception traditionnelle de la formation des conventions, et son décalage flagrant avec la réalité commerciale ont ainsi fait qu'elle a été peu à peu confinée dans des limites plus strictes. Contrebalancée par une volonté croissante de favoriser le contrat, elle s'est vu adjoindre, dans les systèmes où elle reste le principe, un tempérament important : la discordance entre l'offre et l'acceptation n'empêche le contrat de se former que lorsqu'elle atteint un élément essentiel.

112.- Le rejet d'une lecture intransigeante de la *mirror image rule* nous paraît judicieux et par ailleurs indispensable à la légitimité de la règle. La possibilité souvent réelle pour les parties, une fois la divergence mise en lumière, d'aboutir à une solution négociée au conflit atteste de leur volonté de considérer le contrat conclu et de ne pas conférer ainsi aux contradictions éventuelles une portée trop absolue. Cet élément ne peut être négligé. Il plaide pour le choix d'une solution pragmatique et renforce d'autant la défense qu'il convient de faire

des théories sauvegardant cette volonté première. En l'absence de solution négociée, les juges devant qui le litige est porté doivent également respecter ce souhait des parties, s'il ressort de manière certaine des circonstances de la cause que la volonté est telle, afin de ne pas entraver excessivement les transactions commerciales. La *favor contractus* doit, tant que faire se peut, être privilégiée. En ce sens, il nous paraît que l'on ne puisse raisonnablement exiger une adéquation absolue entre les volontés émises dès qu'il ne fait aucun doute que, dans l'esprit des parties, cette divergence éventuelle ne doit pas remettre en cause l'accord. Ainsi nous paraît-il juste de n'exiger une correspondance parfaite que sur les éléments essentiels - ou caractéristiques - du contrat et d'admettre que les divergences mineures ne peuvent fragiliser l'accord par ailleurs voulu par les parties.

113.- Nous pensons cependant que ce principe doit recevoir une application nuancée par les cours et tribunaux. Ainsi, si, en principe, une divergence portant sur un point secondaire ne fait pas échec à la formation de l'accord, il se peut que les parties, par leurs comportements ou par une volonté clairement exprimée, y aient vu un élément susceptible de perturber la formation du contrat. Une conformité parfaite pourra alors être requise.

Cette problématique est envisagée en droit belge, tout comme en droit français, par la faculté offerte aux parties d'"essentialiser"¹⁶⁴ certains éléments de l'accord. Le droit belge met en effet sur le même plan les éléments objectivement essentiels – ou éléments caractéristiques de la convention - et ceux qui le sont subjectivement, dénommés éléments "*substantiels*"¹⁶⁵.

Nous sommes cependant conscients que cette faculté pour les parties de conférer aux points secondaires la possibilité d'empêcher la formation du contrat doit elle-même être entourée de limites fermes, sous peine d'attenter à la sécurité des transactions¹⁶⁶. Ainsi, les éléments dits "subjectivement" essentiels ne pourront-ils accéder à cette qualité que s'ils sont connus de l'autre partie de sorte qu'ils deviennent une cause déterminante de l'engagement. Il en sera ainsi des éléments considérés comme tels en vertu des usages, de la loi ou encore de la volonté manifestée d'une des parties à la négociation. Le défaut, pour un des partenaires, d'attirer de manière suffisante l'attention de l'autre sur l'importance que revêt pour lui un accord sur un élément perçu comme accessoire, se verra sanctionné, le cas échéant, par sa

¹⁶⁴ Pour reprendre le terme de Ch. MAHE, *o.c.*, p. 15-16. V. en outre, *supra*, l'exposé des droits nationaux in C. DELFORGE, Titre II, Chapitre I.

¹⁶⁵ Nous avons vu que les Principes UNIDROIT et les Principes Européens envisagent également cette possibilité, mais sans faire référence à cette idée d'essentialisation d'éléments jugés accessoires. Cette perspective est assurément plus opportune dans la mesure où, comme nous l'avons dit, nous évitons des litiges qui porteraient uniquement sur le sens à accorder à ces termes alors que la réalité qu'ils couvrent ne doit pas nécessairement être appréhendée à travers ce prisme.

¹⁶⁶ L'importance accordée à la subjectivité doit être refoulée dans des limites strictes et lointaines, enfermées dans des balises qui permettent autant que faire se peut d'avoir la certitude de sa réalité objective et raisonnable. Si l'existence de l'accord doit être reçue, il reste que les réserves émises ne peuvent être totalement niées. La théorie de l'acceptation tacite n'est en effet pas suffisante pour faire totalement abstraction de la volonté exprimée autrement que par le silence.

relégation dans la catégories des éléments demeurés accessoires et ne pourra être invoqué pour justifier la non-conclusion de l'accord. Dans cette perspective, il nous paraît en effet important de s'interroger sur la légitime confiance que pouvait avoir l'autre partie quant aux éléments susceptibles de faire obstacle à la formation du contrat. Ne pas faire en sorte que cette dernière ne puisse ignorer le caractère déterminant d'un élément traditionnellement secondaire trompe sa légitime confiance et ne peut recevoir effet. Nous avons vu que, judicieusement, les Principes UNIDROIT et les Principes Européens exigent sur ce point une manifestation claire de volonté, ce que ne rencontre pas une clause de style insérée dans les conditions générales que, précisément, l'on entend imposer.

Admettre ainsi qu'un élément accessoire puisse accéder, par la volonté - manifestée - d'une seule des parties, à la catégorie des éléments susceptibles de contrecarrer la formation du contrat conduit légitimement à s'interroger sur la possible insertion, dans cette catégorie particulière, de l'hypothèse où c'est par le comportement¹⁶⁷ des parties que se manifeste un désaccord persistant sur l'une ou l'autre stipulation accessoire. Il est fréquent, en effet, que les parties s'adressent successivement des documents contradictoires sur certains points, et manifestent, le cas échéant, leur volonté de ne point se soumettre aux conditions de l'autre. Ne pourrait-on considérer que, de ce fait, l'élément, bien que secondaire, est devenu déterminant du consentement de sorte que sa non-correspondance avec l'offre initiale ferait obstacle à la conclusion du contrat ? Cette solution pourrait être défendue en droits belge et français, mais non au regard des autres droits qui n'accordent pas aux parties un tel pouvoir. La pratique elle-même ne semble pas acquiescer à pareille "essentialisation", particulièrement lorsqu'une des parties exécute le contrat¹⁶⁸. Si on se prévaut, en effet, de la volonté réelle des parties, il faut reconnaître que le fait pour une partie d'apporter au contrat un commencement d'exécution alors que, parallèlement, elle refuse systématiquement les clauses auxquelles son contractant prétend la soumettre, ne peut être lu comme un refus absolu de ces termes et ainsi exclure toute reconnaissance de l'existence du contrat. Bien plus, l'étude des comportements des parties enseigne qu'elles-mêmes seraient disposées de renégocier certains points de leurs conditions générales si l'autre partie en avait exprimé le souhait. Ainsi, souvent, le conflit des conditions générales ne présente pas pour les parties la portée que le juriste pourrait être enclin à lui reconnaître. Il est fréquent, en effet, que les contractants ne soient pas conscients de leurs divergences de vues et, s'ils le sont, l'opposition qu'ils manifestent à l'application des conditions de l'autre ne résulte pas toujours d'une volonté de remettre en cause le contrat. La pugnacité manifestée à l'encontre des clauses unilatérales divergentes atteste alors uniquement d'une volonté de s'imposer soi-même là où le retrait que l'on pourrait opérer serait perçu comme une faiblesse difficilement supportable sur le plan commercial. Ce faisant, nous pensons qu'il convient de ne pas conférer systématiquement à ces divergences

¹⁶⁷ Et non plus, donc par une manifestation de volonté, écrite ou verbale.

¹⁶⁸ Ch. MAHE, *o.c.*, p. 16.

éventuelles une portée qu'en réalité elles n'ont pas. Seule une analyse minutieuse des circonstances de l'espèce permettra alors de justifier l'application de l'une ou l'autre théorie.

Quant à l'exécution déjà donnée au contrat malgré la connaissance du conflit, l'existence de relations antérieures et suivies entre les parties, ou encore le silence et l'inaction manifestés par une partie pousseront quant à eux le juge à atténuer la rigueur de son appréciation et, le cas échéant, à privilégier une solution d'équilibre, fondée la reconnaissance d'une acceptation tacite. En ce sens, devra primer la volonté déclarée sur la volonté réelle. C'est par ailleurs la solution adoptée largement par les juges nationaux, particulièrement lorsque sont aux prises deux professionnels¹⁶⁹.

114.- À la question de l'existence ou de l'inexistence de l'accord, se joint celle de son contenu. Nous avons cité les théories qui ont sur ce point été reçues, selon qu'il est fait application exclusivement des conditions générales émises par l'une des parties (théories du *last shot* et du *first shot*), ou que se trouve privilégiée la voie du consensus (théorie de l'annulation réciproque ou *knock out theory*). D'emblée, il nous paraît utile de repousser la *first shot rule*. Appliquer systématiquement les conditions adressées en premier lieu nous paraît en effet trop simpliste que pour appréhender, de manière suffisamment équitable et juste, la complexité du *battle of forms*.

Seule une combinaison judicieuse des *last shot* et *knock out rules* nous semble pouvoir répondre aux multiples questions posées par ce genre de litige et fournir une solution adéquate à ce que la pratique attend.

115.- La *last shot theory* tout d'abord, - qui est l'option choisie par les juges anglais et la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises - offre à certaines situations une solution satisfaisante. Ainsi en est-il lorsqu'une partie, de manière expresse, attire l'attention de l'autre sur le fait qu'elle n'entend se soumettre qu'aux seuls termes contenus dans sa déclaration de volonté. Dans ce cas, en effet, il paraît légitime de faire prévaloir les dernières conditions transmises et auxquelles l'autre n'a point protesté, de sorte que l'acquiescement - tacite - de ce dernier n'est pas douteux¹⁷⁰.

¹⁶⁹ V. Cass. Fr., 6 mai 1954, *Bull. Cass.*, 1954, II, n° 165 ; Cass. Fr., Comm., 17 octobre 1961, D. 1962, 105 ; Cass. Fr., Civ., 6 juillet 1966, *Bull. Cass.*, 1966, II, n° 737. V. également J. GHESTIN, *o.c.*, 1993, pp. 424 et suivantes ; G.H. TREITEL, *o.c.*, p. 19 et 197 et suivantes ; BGH, 29 septembre 1955, BGHZ, 18, 212, 215.

¹⁷⁰ Dans ce cas, la sécurité des transactions exige que l'existence de l'accord soit reconnue. On pourrait en effet difficilement subordonner systématiquement la naissance du contrat à une acceptation expresse.

Il reste que cette situation demeure exceptionnelle et que, souvent, c'est par le biais d'une clause de style, automatique, que les parties prétendent atteindre cet objectif. Qui plus est, souvent, les contractants ne portent aucune attention au contenu des conditions transmises par l'autre de sorte que ce n'est qu'au moment où survient un litige qu'ils prennent conscience de la contradiction. Dans tous ces cas, qui sont les plus fréquents dans la pratique, la *last shot rule* paraît en effet inadéquate. Quelle raison justifierait que les dernières conditions transmises soient systématiquement préférées d'autant que si les parties avaient eu connaissance de cette contradiction, elles l'auraient corrigée¹⁷¹ ? Nous avons vu que c'est principalement au regard de cette réalité que le nouveau code civil des Pays-Bas fait désormais référence à l'exigence d'un rejet exprès des clauses de l'autre partie et que les Principes UNIDROIT et les Principes Européens excluent la possibilité de contestation par le biais des conditions standardisées.

Cette théorie présente en outre deux lacunes majeures. Elle n'offre, tout d'abord, aucune solution à l'hypothèse où, à la réception des conditions générales de l'autre partie, un des partenaires à la négociation reste dans une attitude de totale passivité. Le silence, qui ne peut alors être qualifié de "circonstancié"¹⁷², reste par lui-même équivoque et ne peut être qualifié d'acceptation tacite des nouveaux termes proposés.

La théorie du dernier mot présente également pour inconvénient de repousser indéfiniment dans le temps la formation de l'accord lorsque, successivement, les partenaires objectent l'application des conditions de l'autre. En effet, tant qu'aucune acceptation, expresse ou tacite, ne peut être objectivement constatée, la théorie de la contre-offre fait obstacle à la formation de l'accord.

116.- Faudrait-il pour autant lui préférer la *knock out theory* américaine et conclure à la neutralisation réciproque des conditions contradictoires ? C'est le choix des Principes UNIDROIT (article 2-22 *in fine*) et des Principes européens (2-209), du législateur allemand et des juges français et, pour une grande majorité, belges. Cette position aurait certainement le mérite de répondre aux deux dernières objections que nous venons de relever. Il reste que cette thèse présente, elle aussi, des effets pervers non négligeables.

¹⁷¹ H. BATIFFOL, "La 'crise' du contrat", in *Archives de la philosophie du droit, Sur les notions du contrat*, Sirey, Paris, 1968, p. 18. L'auteur prend cette situation pour exemple de la construction à laquelle s'adonnent en réalité les juges lorsqu'il leur est imposé de rechercher la volonté des parties, entreprise illusoire. Selon cet auteur, "(...) les Tribunaux recherchent quelle est celle des deux stipulations qui s'accorde le mieux avec l'économie générale du contrat. Ce faisant, ils "construisent" objectivement la situation. L'oscillation de la terminologie entre règles interprétatives et règles supplétives est déjà caractéristique".

¹⁷² En ce sens qu'il ne permet pas de fonder objectivement la croyance légitime de l'autre partie à un accord sur les derniers termes proposés.

Neutraliser les conditions générales contradictoires revient souvent à dépecer le contrat et à n'appréhender les clauses litigieuses qu'abstraites de l'économie globale de celui-ci. Refuser systématiquement de faire droit aux conditions des deux parties revient alors à nier l'équilibre interne formé par l'accord et les clauses qui s'y adjoignent. Par exemple, le prix déterminé - qui est un élément essentiel du contrat - se reflète également dans le montant des sanctions prévues en cas d'inexécution contractuelle, par le biais des clauses pénales. Il est fréquent en effet que, plus la sanction contractuelle est élevée, moins le prix l'est. Détacher la clause pénale - en l'annulant et en y substituant une évaluation judiciaire, par exemple - du contexte global du contrat pourrait dénaturer l'accord donné. Qui plus est, peut-on réellement prétendre que la solution offerte par le droit commun répondra mieux aux attentes des parties ? L'annulation des conditions divergentes et la substitution des dispositions supplétives du droit commun peut ainsi se révéler peu heureuse lorsqu'elle soumet certains points, parfois complexes, au droit commun qui pourtant, au regard des circonstances de l'espèce, n'aurait, de manière certaine, pu être défendu par la partie restée silencieuse. C'est d'ailleurs souvent précisément pour esquiver une application de ce droit supplétif que les parties ont d'avance pris soin de rédiger des clauses standardisées qui en diffèrent.

117.- L'idéal serait sans conteste de forcer la négociation et de considérer que, par la rencontre de leurs volontés sur les éléments essentiels du contrat, les parties se seraient engagées à négocier les points accessoires demeurés contradictoires¹⁷³. Cette perspective est cependant utopique, d'autant qu'elle ne mettrait nullement fin à tous les litiges, notamment dans l'éventualité où les parties ne parviendraient pas à s'accorder sur ces éléments.

118.- L'on doit, en conséquence, bien reconnaître qu'une solution doit être arrêtée et que le désaccord doit être tranché par référence à une règle supérieure. Là encore deux perspectives sont envisageables, selon que l'on choisisse de responsabiliser les parties en exigeant d'elles une protestation en bonne et due forme des éléments divergents auxquels elles ne voudraient pas se soumettre (*last shot theory*) ou que l'on décide de les dépouiller, toutes deux, de leurs volontés et d'y substituer un socle de règles, issu du droit commun, qui ne prend le parti ni de l'une ni de l'autre (*knock out theory*). C'est là un choix de politique juridique bien délicat.

119.- Pour notre part, nous pensons que seule une combinaison astucieuse des deux thèses permet de rencontrer les difficultés de la pratique. Ainsi, si le destinataire de l'offre joint à son acceptation des conditions générales divergentes sur lesquelles il attire l'attention de l'autre et que l'offrant n'y porte pas attention, il nous paraît juste de considérer que celui-ci les a acceptées tacitement et que, partant, celles-ci s'intégreront dans la sphère contractuelle. Il en

¹⁷³ Telle est la perspective originale envisagée, nous l'avons vu, par le droit allemand en cas de "*dissentiment ouvert*" - ou de désaccord conscient - sur un élément accessoire. Dans ce cas, en effet, le juge est invité à rechercher la volonté réelle des parties et, à défaut, pourrait "*suspendre*" la conclusion du contrat jusqu'à ce qu'un accord ait pu être dégagé, sous peine de considérer le contrat comme "inexistant".

est d'autant plus ainsi entre professionnels où la rapidité des transactions exige une réponse prompte.

Si, au contraire, l'offrant réagit, et se refuse à accepter pareilles clauses et maintient sa position quant à l'application exclusive de ses propres documents contractuels, alors il ne peut être équitable de faire triompher l'une ou l'autre des parties. Dans ce cas, si l'intention de conclure le contrat ressort des circonstances de l'espèce - et à plus forte raison d'un commencement d'exécution - la *knock out theory* se présente comme un palliatif neutre. Le juge ou l'arbitre sera alors invité à apprécier l'équilibre contractuel voulu par les parties et, à partir de cela, à rechercher la solution la plus juste qui pourrait être dégagée à partir des usages, du droit supplétif, mais aussi de la bonne foi qui doit présider à l'exécution des contrats. L'absence de droit supplétif, comme c'est le cas dans les systèmes anglo-saxons, conduira alors le juge à se référer aux précédents et aux pratiques courantes des affaires, voire le cas échéant aux relations antérieurement nouées entre ces mêmes parties, afin de rechercher la solution la plus utile et la plus juste.

La *knock out theory* aura donc nécessairement pour conséquence une délégation croissante de pouvoir au juge ou à l'arbitre, lequel devient partie prenante dans la détermination du contenu des obligations, allant jusqu'à substituer sa volonté à celle des parties. La prudence manifestée jusqu'ici par les cours et tribunaux nous pousse à appréhender cette définition nouvelle de leur rôle avec un certain optimisme, dégagé de toute crainte excessive quant à un gouvernement des juges. La pratique témoigne en effet de leur rôle sans cesse grandissant dans la sphère contractuelle.

120.- Ayant mis en lumière les difficultés suscitées au stade du contentieux, l'on peut raisonnablement s'interroger sur les possibilités d'anticiper de tels litiges. Si "*le mal est difficile à guérir ; ne pourrait-on le prévenir ?*" s'interrogeait A. TUMMERS¹⁷⁴.

La réponse n'est malheureusement pas davantage absolue. Pas plus que la guérison, la prévention ne paraît en effet pleinement efficace. S'il ne fait pas de doute que la diligence minimale qui invite à mentionner, lors de la rédaction des clauses contractuelles, que l'on n'entend se soumettre qu'à celles-ci, à l'exclusion de toutes autres¹⁷⁵, peut, dans certains cas, suffire à obvier tout litige, la standardisation de pareilles clauses ne résout rien. Il est évident, en effet, que dès lors que les deux contractants ont fait usage de pareilles clauses, le litige rebondit et ils se retrouvent dans une situation similaire à celle qui aurait existé en l'absence de toute clause... Dans ce cas, la clause verra son régime soumis aux règles précédemment

¹⁷⁴ A. TUMMERS, *o.c.*, p. 616.

¹⁷⁵ Sur ce point, l'on ne peut qu'inciter les contractants à rédiger leurs clauses de manière précise et claire, mais aussi à s'assurer que l'attention de l'autre partie sera effectivement attirée par leur contenu. L'usage de majuscules ou de caractères gras, voire d'un encadré, seront en effet de nature à jouer dans l'appréciation que fera le juge de l'intention des parties. Plus l'attention de l'autre partie pourra objectivement être considérée comme ayant été attirée par une clause non négociée, plus augmenteront les chances de voir appliquer les conditions générales de celui qui entend les opposer.

énoncées , en fonction du droit applicable en vertu du droit international privé. Il en ressort que la prudence ne protégera ainsi le contractant que si l'autre partie n'a pas eu la même vigilance que lui.

Si, dans les années 80, on pouvait considérer que les parties déterminaient rarement le moment où le contrat se forme et le contenu qu'il allait présenter¹⁷⁶, ce constat ne semble plus correspondre à la réalité actuelle¹⁷⁷. Il est de plus en plus fréquent en effet que les parties prennent soin de préciser, dans leurs conditions générales, une clause de style selon laquelle elles ne prétendent être liées que par leurs propres conditions générales. Cette anticipation, pour heureuse qu'elle soit dans certains cas où le cocontractant n'a pas fait preuve de la même diligence, n'éteint cependant pas tout litige.

Certainement, le formalisme plus grand exigé par le droit néerlandais ou les Principes UNIDROIT et les Principes européens quant aux manifestations de volontés pourra être bénéfique. Si une partie entend ne pas soumettre aux conditions de l'autre, elle prendra alors soin de le mentionner, par exemple, dans un document distinct de ses conditions générales - comme la lettre accompagnant l'envoi du contrat - afin qu'objectivement, l'on ne puisse considérer que son éventuel silence témoigne d'une acceptation tacite. Mais là encore, si les deux parties font preuve des mêmes prudences, le litige risquera d'aboutir à la non-reconnaissance de l'accord, situation que probablement les partenaires n'auraient eux-mêmes pas souhaitée ...

121.- Ainsi, pas plus que leur guérison, la prévention de ces litiges n'est totalement satisfaisante. Seuls des remèdes, bien insuffisants nous en convenons, permettent d'en atténuer les conséquences. Ceux-ci devront s'appuyer sur une analyse la plus fine possible des circonstances de l'espèce, mais également, dans une perspective contractuelle plus globale, des enjeux sous-jacents au contrat : équilibre contractuel, adoucissement des rapports de force, gratification de la diligence, responsabilisation des contractants, interprétation de la volonté réelle des parties, ... voilà autant d'interrogations que le juge ou l'arbitre devront se poser afin que la solution qu'ils prononceront s'ajuste le plus adéquatement possible à la réalité concrète qui leur était soumise. En tout état de cause, il nous semble que le meilleur conseil est d'inviter les rédacteurs de clauses à préciser dans leurs documents unilatéraux la portée des éventuelles divergences qui surviendraient, ainsi que la valeur - essentielle ou non - réservée à l'une ou l'autre clause en ce qu'elle permettra ou non de contester la réalité de l'accord en l'absence de consentement quant à leur application.

¹⁷⁶ A. MEINHERTZHAGEN-LIMPENS, "Typologie des conditions générales dans la vente internationale d'objets mobiliers corporels", in *Les ventes internationales de marchandises - Problèmes juridiques d'actualité*, Colloque de la Fondation internationale pour l'enseignement du droit des affaires, Aix-en-Provence, 7-8 mars 1980, Ed. Economica, Paris, 1981, p.80

¹⁷⁷ M. FONTAINE, *Droit des contrats internationaux, Analyse et rédaction de clauses*, FEDUCI, 1991, spécialement pp. 6 et suivantes.

SECTION 3. CONCLUSION

122.- Face à un conflit de conditions générales, le juge a une position délicate. Pris entre une volonté d'attirer à la situation une solution pragmatique, tout en privilégiant l'équilibre contractuel et la recherche de l'intention réelle des parties, il ne peut se défaire d'une analyse approfondie des circonstances de l'espèce. À partir de celles-ci, il est amené à (re)construire le lien existant entre les parties en tenant compte de certaines balises posées au gré des lois et des décisions rendues.

123.- Les solutions mises en lumière dans le présent chapitre, au-delà de la complexité technique du problème posé, témoignent de ce que la réalité, et particulièrement celle de la vie des affaires, s'ajuste difficilement aux règles strictes traditionnellement énoncées quant à la formation des contrats. Peut-on encore, après cette brève analyse d'une problématique haute en incidences pratiques, affirmer de manière absolue que le contrat n'est que le fruit de la rencontre entre une offre et une acceptation ? Réduire ainsi le processus de formation à une approche purement séquentielle et chronologique ne permet pas de rendre compte de la diversité des solutions qu'intuitivement la pratique lui aurait conférées, dans le meilleur intérêt des deux parties. Ce constat amorce ainsi une réflexion nouvelle et une remise en cause des conceptions classiques. Ce n'est plus à partir des concepts juridiques que l'on raisonne pour trouver une solution au cas d'espèce, mais bien de la justesse de la solution vers l'établissement de concepts nouveaux. Sur ce point, l'analyse des comportements importe davantage que celle des volontés émises. Ceci témoigne également de ce que, chaque jour, la science juridique progresse au gré des matériaux que lui donne la pratique. La légitimité des solutions que nous apporterons à de tels conflits en dépend.

Table des matières

TITRE III. PROCESSUS DE FORMATION : ASPECTS PARTICULIERS DÉFINI.

CHAPITRE I. LE CONFLIT NÉ DE LA CONFRONTATION DE CONDITIONS GÉNÉRALES CONTRADICTOIRES ET SON

INCIDENCE SUR LA FORMATION DES CONTRATS	1
<i>Position du problème</i>	1
<i>Section 1. Réponses des différents systèmes juridiques</i>	5
I. Le droit belge.....	5
A. Les principes	5
B. Conclusion	10
II. Le droit français	11
A. Les principes	12
B. Conclusion	17
III. Le droit néerlandais	17
A. Les principes	17
1. Le champ d'application de la règle	18
2. La portée de la règle	20
a) Incidence du battle of forms sur l'existence de la convention	20
b) Contenu de la convention	21
B. Conclusion	23
IV. Le droit allemand	24
A. Les principes	24
1. Théorie du dernier mot ("Theorie des letzten Wortes")	26
2. Théorie du désaccord partiel	26
B. Conclusion	28
V. La Common Law	30
A. Le droit anglais.....	30
B. Le droit américain : l'article 2-207 U.C.C.	33
1. Les principes	35
2. Conclusion	39
VI. Les instruments internationaux.....	40
A. La Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises	40
1. Les principes	40
2. Conclusion	45
B. Les principes UNIDROIT	46
1. Les principes	46
2. Conclusion	49
C. Les Principes européens du droit des contrats	50
1. Les principes	52
2. Conclusion	54
<i>Section 2. Considérations critiques</i>	55
<i>Section 3. Conclusion</i>	64