

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

**Offre et acceptation, approche dépassée du processus  
de formation des contrats ?**

par  
Marcel FONTAINE

Doc. 99/17

*Contribution aux Mélanges offerts au Professeur  
P. Van Ommeslaghe (1999).*

## OFFRE ET ACCEPTATION,

### APPROCHE DEPASSEE

#### DU PROCESSUS DE FORMATION DES CONTRATS ?

1. La théorie des contrats, à laquelle le Professeur P. Van Ommeslaghe a apporté tant de contributions exceptionnelles, n'en finit pas d'ouvrir des perspectives nouvelles. En cette fin de siècle, que de remises en cause suscitées par des facteurs aussi divers que le consumérisme, l'essor de l'informatique ou l'analyse économique du droit ! Le vaste mouvement qui s'est engagé vers le rapprochement, sinon l'harmonisation du droit des contrats en Europe exerce aussi une influence profonde, par l'ampleur des études comparatives qu'il suscite. Une meilleure connaissance des pratiques contractuelles conduit également à bien des remises en cause d'analyses traditionnelles.

Tel est le cas de la présentation classique qui décrit le processus de formation d'un contrat comme la rencontre d'une offre et d'une acceptation. Cette analyse ne paraît pas applicable dans certaines hypothèses où les praticiens décrivent un tout autre mode de conclusion du contrat. Nous voudrions y consacrer quelques brèves réflexions, en hommage à notre collègue et ami.

#### I. Théorie classique : offre et acceptation

2. La formation des contrats est un très vaste sujet. Dans notre droit, il y est notamment question de question de la capacité de contracter, de la licéité des engagements pris, des concepts fuyants que sont l'objet et la cause<sup>1</sup> (art. 1108 C. civ.), parfois aussi d'une exigence de remise de la chose ou du respect de formes solennelles. Le consentement des parties, condition première (le contrat est un accord de volontés), ouvre en soi la porte à une problématique très large, où figure en bonne place, depuis le droit

---

<sup>1</sup> L'étude pénétrante que P. Van Ommeslaghe a consacrée à cette notion de cause reste un classique (Observations sur la théorie de la cause dans la jurisprudence et dans la doctrine moderne, note sous Cass., 13 nov. 1969, *Rev. Crit. Jur. B.*, 1970, pp. 355 et suiv.).

romain, la matière des vices qui peuvent l'affecter. Plus récents dans l'histoire du droit sont les développements relatifs à ce que le Professeur Van Ommeslaghe appelle fort adéquatement "*la formation des contrats d'un point de vue dynamique*"<sup>2</sup>, à savoir le processus par lequel les consentements se forment et se rencontrent : négociations, offre et acceptation. Il est devenu classique d'enseigner que le contrat se forme par l'acceptation de l'offre : "*L'acceptation de l'offre parfait l'accord des volontés, et forme le contrat*"<sup>3</sup>.

3. Le Code de 1804 ne comporte aucune disposition traitant de ce processus dynamique. Ce volet de l'analyse juridique de la formation des contrats était ignoré tant que la plupart des contrats se concluaient entre parties présentes face à face, éventuellement par représentants interposés. La mise en place de services postaux fiables a progressivement permis l'essor des contrats par correspondance. Le phénomène a contribué à révéler que le consentement des parties résultait de la rencontre de deux déclarations de volontés séparées<sup>4</sup>. Il semble bien que ce soient les juristes allemands qui aient progressivement cerné les problèmes et défini les concepts au cours du XIX<sup>ème</sup> siècle. Entré en vigueur en 1900, le *Bürgerliches Gesetzbuch* allemand codifie pour la première fois le régime juridique de l'offre (*Antrag* ou *Angebot*) et de l'acceptation (*Aufnahme*), dans les dispositions novatrices des §§ 145 à 151<sup>5</sup>.

Depuis lors, cette technique d'approche de la formation des contrats est devenue classique. De très nombreuses codifications contemporaines comportent des dispositions relatives à l'offre et à l'acceptation, comme le Code suisse des obligations de 1911 (art. 3 à 10), le *Codice civile* italien de 1942 (art. 1326-1330), le *Civil code* de Louisiane de 1987 (art. 1927 à 1945), le *Nieuwe Burgerlijke Wetboek* néerlandais (livre 6 entré en vigueur en 1992, art. 217 à 225), le Code civil du Québec de 1994 (art. 1386 à 1394) ou le Code civil de la Fédération de Russie de 1994-96 (art. 432-445). De façon remarquable, la *common law* a également adopté l'outil d'analyse. Le droit anglais contemporain des contrats, non codifié, décrit aussi l'échange des consentements en termes d'*offer and acceptance*<sup>6</sup>. Aux Etats-Unis, le *Uniform Commercial Code* utilise les mêmes concepts à propos de la conclusion du contrat de vente (§§ 2-205 à 207), ainsi que le *Restatement Second on Contracts* (§§ 24-69). La consécration internationale est venue avec les dispositions du droit uniforme de la vente, d'abord avec la Loi uniforme de La Haye de 1964 sur la formation du contrat de vente (dans son ensemble), ensuite avec la Convention de Vienne de 1980 (art. 14 à 24)<sup>7</sup>.

<sup>2</sup> Cf. P. VAN OMMEFLAGHE, Examen de jurisprudence : 1974-1982 - Les obligations, *Rev. Crit. Jur. B.*, 1986, p. 137.

<sup>3</sup> Cf. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, II, 3<sup>ème</sup> éd., 1964, n° 523.

<sup>4</sup> Cf. H. KÖTZ, *Formation, Validity and Content of Contracts; Contracts and Third Parties*, vol. I de H. KÖTZ and A. FLESSNER, *European Contract Law*, trad. T. WEIR, Oxford, 1997, pp. 16-17.

<sup>5</sup> Sur ces dispositions, cf. H. BROX, *Allgemeiner Teil des BGB*, 22<sup>ème</sup> éd., 1998, pp. 89-98.

<sup>6</sup> Cf. CHESHIRE, FIFOOT & FURMSTON's *Law of Contract*, 11<sup>ème</sup> éd., 1986, pp. 26-63.

<sup>7</sup> On sait que notre pays, avec beaucoup de retard, a ratifié cette convention par la loi du 4 septembre 1996.

4. Il est peu de domaines du droit des contrats où l'approche d'un problème déterminé connaît une telle uniformité. La constatation est d'autant plus remarquable que cette approche, on l'a dit, est relativement récente dans l'histoire du droit. Certes, c'est l'approche qui est commune, et non le contenu. Le régime de l'offre et de l'acceptation fait l'objet d'importantes divergences en droit comparé, principalement en ce qui concerne le caractère révocable ou non de l'offre et le moment de la conclusion du contrat "entre absents"<sup>8</sup>.

Il n'empêche que la plupart des systèmes juridiques, au-delà de ces divergences, se rallient à la même règle de base : la formation d'un contrat résulte de l'acceptation d'une offre. Même si l'offre est considérée comme révocable, l'offrant s'expose à se voir engagé contractuellement si son offre est acceptée avant qu'il ne la révoque, et pourvu que l'acceptation intervienne en temps utile. Citons les trois exemples les plus récents des codifications évoquées plus haut :

- *"Een overeenkomst komt tot stand door een aanbod en de aanvaarding daarvan"* (N.B.W. néerlandais, art. 6-217).

- *"L'échange de consentement se réalise par la manifestation, expresse ou tacite, de la volonté d'une personne d'accepter l'offre de contracter que lui fait une autre personne"* (Code civil du Québec, art. 1386).

- *"A contract shall be concluded by means of sending an offer (proposal to conclude a contract) by one party and its acceptance (acceptance of the proposal) by the other party"* (Code civil de la Fédération de Russie, art. 432, 2°).

Pour l'essentiel, ces textes correspondent à ce qu'enseigne De Page<sup>9</sup>. S'agit-il vraiment d'une règle universelle ?

## II. Remise en cause

### a) Consentement sans offre ni acceptation

5. *"Le contrat se conclut soit par l'acceptation d'une offre soit par un comportement des parties qui indique suffisamment leur accord"* (Principes d'Unidroit, art. 2.1).

<sup>8</sup> Cf. H. KÖTZ, *op. cit.*, pp. 22-24. Le niveau de généralité auquel certaines questions sont posées n'est pas non plus le même partout. Ainsi, le droit allemand pose-t-il le problème du "contrat entre absents" dans le contexte plus large de la "déclaration de volonté adressée à un absent" (§ 130) (Cf. H. BROX, *op. cit.*, pp. 84-85).

<sup>9</sup> Cf. *supra*, n° 2.

Ce texte inaugure le chapitre relatif à la formation des contrats des très récents *Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international* (1994), qui se sont immédiatement imposés comme une source de référence obligée<sup>10</sup>. Ces Principes ambitionnent en effet soit de refléter les conceptions les plus généralement admises en droit des contrats, soit de préconiser les règles les plus appropriées aux contrats internationaux.

La disposition frappe d'emblée par l'alternative qu'elle établit. L'acceptation d'une offre n'est plus présentée comme le mode unique d'échange des consentements et de conclusion du contrat; elle est en concurrence avec un comportement des parties indiquant leur accord à suffisance.

6. Quelle peut être la portée de cette innovation remarquable par rapport à la présentation devenue classique ?

Dans l'histoire de l'élaboration des Principes d'Unidroit, l'introduction de l'alternative a été tardive. Les premières versions des textes relatifs au processus de formation des contrats ne traitaient que de l'offre et de l'acceptation. Ce chapitre a fait l'objet de plusieurs lectures successives, sans que cette approche ne soit jamais remise en cause; elle est encore reflétée dans la version du projet datant de novembre 1993. C'est à ce moment que le gouvernement australien adressa le commentaire suivant au secrétaire général d'Unidroit : *"In Chapter 2 generally there are specific provisions which recognise the significance of conduct on the process of acceptance of an offer. There appears however to be insufficient recognition of the frequent significance of conduct in the process of making an offer. There are many commercial instances of parties "drifting" into performance even in the absence of any definite offer having been made"*. La note préconisait dès lors l'inclusion dans le texte de la phrase : *"A contract is formed by the acceptance of an offer or by conduct which indicates that both parties have committed themselves to a contractual relationship"*. Le professeur américain E. Allan Farnsworth soutint cette proposition à la réunion que le groupe de travail tint à la Nouvelle-Orléans en février 1994, en soulignant que dans le même sens, le § 2-204 (1) du *Uniform Commercial Code* prévoit que *"A contract for sale of goods may be made in any manner sufficient to show agreement, including conduct by both parties which recognizes the existence of such a contract"*. La proposition entraîna l'adhésion du groupe, et la disposition de base relative au processus de formation du contrat subit donc *in extremis* une modification fort importante.

7. Comment justifier cette remise en cause de l'aptitude de l'analyse basée sur la rencontre d'une offre et d'une acceptation à rendre compte du processus de formation du contrat?

---

<sup>10</sup> Cf. J. BONELL, *An International Restatement of Contract Law*, 2ème éd., 1997, pp. 229-254.

Le commentaire accompagnant l'article 2.1 des Principes d'Unidroit s'exprime de la manière suivante : *"Dans la pratique commerciale les contrats, en particulier lorsqu'ils sont relatifs à des opérations complexes, sont souvent conclus après de longues négociations sans que l'on puisse déterminer la séquence de l'offre et de l'acceptation. Dans ces cas, il peut être difficile de déterminer si et quand un accord contractuel a été atteint. Conformément au présent article, on peut considérer un contrat conclu même si l'on ne peut déterminer le moment de sa formation, à condition que le comportement des parties indique suffisamment leur accord"*.

La critique contre l'approche traditionnelle est développée par plusieurs auteurs. S'en prenant aux dispositions de la Convention de Vienne sur la formation du contrat de vente, le professeur Bonell regrette que cet instrument *"sticks to the classical scheme of an "offer" and an "acceptance", while in commercial practice contracts are often concluded after prolonged negotiations with a series of communications between the parties, which only gradually ripen into a firm and definite agreement"* <sup>11</sup>. Le professeur Farnsworth juge sévèrement les règles classiques de l'offre et de l'acceptation : *"... however suited these rules may have been to the measured cadence of contracting in the nineteenth century, they have little to say about the complex processes that lead to major deals in most countries today"* <sup>12</sup>. Dans son récent et magistral ouvrage sur le droit européen des contrats, le professeur Kötz écrit que *"... the more recent codes give the impression that offer and acceptance is the only way a contract can come about. This is an error. In many cases where a contract has unquestionably been formed it is impossible, unrealistic and arbitrary to regard the conduct of one party as an offer and that of the other as an acceptance"* <sup>13</sup>.

Ces difficultés étaient déjà évoquées dans l'étude ancienne, mais toujours fondamentale, du professeur Schlesinger sur la formation des contrats en droit comparé, en annexe C1 à son rapport général<sup>14</sup>.

Ce sont le plus souvent les contrats conclus au terme de négociations complexes qui sont cités en exemple. Des équipes de négociateurs, où les juristes (s'ils sont même présents) côtoient des représentants des services commerciaux, techniques, financiers, comptables et autres des partenaires, s'engagent dans une série de réunions au cours desquelles les différents aspects du futur contrat sont successivement débattus, sur base des propositions et contre-propositions respectives. Les accords partiels se concrétisent souvent par la signature de différents documents provisoires. Peu à peu, le contrat prend forme. Les négociateurs, cependant, n'ont pas souvent le pouvoir d'engager les parties, mais seulement de préparer un projet qui le moment venu, est soumis aux organes compétents respectifs.

<sup>11</sup> Cf. J. BONELL, *The Vienna Convention on International Sale of Goods*, dans *Formation of Contracts and Contractual Liability*, International Chamber of Commerce, Paris, 1990, p. 159.

<sup>12</sup> Cf. E.A. FARNSWORTH, *General Report*, *ibid.*, p. 17.

<sup>13</sup> Cf. H. KÖTZ, *op. cit.*, p. 17.

<sup>14</sup> Cf. R. B. SCHLESINGER (ed.), *Formation of Contracts. A Study of the Common Core of Legal Systems*, I, New York et Londres, 1968, pp. 175-176.

Dans un tel processus, il est en effet bien difficile de déceler un moment où l'une des parties émettrait une "offre" qu'elle soumettrait à l'adhésion de l'autre.

D'autres situations se présentent cependant où la séquence offre-acceptation n'apparaît pas dans les faits. Certains contrats sont rédigés par des notaires pour être signés simultanément par les deux parties : laquelle de ces parties "offre", laquelle "accepte" <sup>15</sup> ?

Le problème naît donc de la très grande difficulté, voire de l'impossibilité, d'identifier l'apparition, à certains moments du processus, des phénomènes juridiques bien précis que sont successivement l'offre et l'acceptation.

## b) Les notions d'offre et d'acceptation

8. Pour notre Cour de cassation, une offre est l'émission définitive de la volonté d'une partie précisant les éléments essentiels du contrat à conclure, de sorte qu'il suffit qu'elle soit acceptée par l'autre partie pour que le contrat se forme<sup>16</sup>. Selon la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises, constitue une offre *"une proposition de conclure un contrat adressée à une ou plusieurs personnes déterminées ... si elle est suffisamment précise et si elle indique la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation"* (art. 14, 1°). Les Principes d'Unidroit s'expriment en termes fort proches (art. 2.2)<sup>17</sup>.

Ces définitions ne sont pas absolument semblables, mais elles ont en commun le souci de cerner une manifestation de volonté présentant des caractéristiques bien précises. Une offre est émise par celui qui exprime les éléments essentiels sur lesquels un contrat peut être conclu, et manifeste son intention de contracter sur ces bases. Elle comporte un volet matériel (son contenu doit porter sur tous les éléments essentiels du contrat, à la seule exception du consentement de l'autre partie qui se manifestera éventuellement par l'acceptation) et un volet intentionnel (l'intention de contracter).

En d'autres termes, toute proposition relative à la conclusion d'un contrat qui ne comporte pas ces deux éléments ne constitue pas une offre. Ainsi, ne sont des offres ni une première invitation à entrer en pourparlers (*"Seriez-vous intéressé par l'achat de ma voiture ?"*), ni les propositions partielles successivement échangées lors des négociations (*"Je vous paierais autant, mais quel serait votre délai de livraison ?"*). Ne constitue pas non plus une véritable offre une prétendue *"offre sans engagement"*.

<sup>15</sup> L'exemple est cité par H. KÖTZ, *op. cit.*, p. 17.

<sup>16</sup> Cass., 23 sept. 1969, *Pas.*, 1970, I, 73, *Rev. Crit. Jur. B.*, 1971, 216, note Y. MERCHERS. Cf. également P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, pp. 134-135; S. STIJNS, P. WERY et D. VAN GERVEN, *Chronique de jurisprudence. Les obligations : les sources (1985-1995)*, *Journ. Trib.*, 1996, p. 714.

<sup>17</sup> A côté de ces deux exemples, les définitions codifiées de l'offre sont relativement rares. Elles font notamment défaut dans les codes allemand, suisse, italien et néerlandais.

Toute proposition de contracter doit subir un examen attentif avant d'accéder à la qualité d'offre; seules certaines réussissent l'épreuve, dont les conditions sont rigoureuses.

9. La référence aux éléments "essentiels" doit être précisée. Dans notre droit, elle couvre non seulement les éléments essentiels à la formation du contrat, mais également les éléments "substantiels", à savoir ceux sur lesquels, en l'espèce, les parties ont requis la réalisation d'un accord (par exemple, un délai de livraison). Les autres éléments, considérées comme "accessoires", ne doivent pas faire l'objet d'un accord particulier (le droit supplétif y pourvoit); ils ne doivent par conséquent pas figurer dans l'offre<sup>18</sup>.

10. La définition de l'acceptation est le corollaire de celle de l'offre. Si cette dernière porte sur tous les éléments essentiels et substantiels d'un contrat, à la seule exception du consentement de l'autre partie, l'acceptation ne peut être que l'expression de ce consentement, et rien d'autre. L'acceptation, c'est le placement de la dernière pièce qui manquait au puzzle. L'acceptation, c'est tout simplement : "*oui*". Ne répond pas à cette définition la prétendue "acceptation" qui s'accompagne de contre-propositions ("*J'accepte votre offre, mais à condition de vous diminuez votre prix*")<sup>19</sup>. L'article 19, 1° de la Convention de Vienne pose en principe qu'"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"<sup>20</sup>. L'identification de ce qui constitue une acceptation répond également à des exigences précises. Tout accueil favorable réservé à une offre n'est pas nécessairement une acceptation.

11. Cette rigueur dans l'appréciation des notions respectives de l'offre et de l'acceptation se comprend aisément au regard de l'importance des effets juridiques qui y sont attachés : irrévocabilité de l'offre (alors que rien de tel ne caractérise les autres propositions et contre-propositions émises au cours de la négociations), formation du contrat par l'acceptation. Dans les systèmes juridiques où l'offre est révocable, elle revêt malgré tout une importance considérable, puisqu'elle contribue à la conclusion du contrat si elle est acceptée sans avoir été révoquée.

Le problème est que dans les négociations complexes auxquelles il a été fait allusion, il n'y a pas souvent un moment identifiable où un partenaire rassemble en une proposition unique, à partir des discussions antérieures, tous les éléments sur base desquels le futur contrat pourrait être conclu, et exprime, avec le pouvoir de le faire, sa volonté de s'engager sur ces termes. Par conséquent, il n'y a pas non plus d'instant où l'autre partenaire est amené à prononcer un simple "*oui*". C'est le plus souvent tout un dossier de documents établis ensemble par les équipes de négociateurs qui est déféré pour décision aux instances responsables des deux parties.

<sup>18</sup> Cf. P. VAN OMMEFLAGHE, *op. cit.*, pp. 139-140.

<sup>19</sup> Cf. F. T'KINT, Négociation et conclusion du contrat, dans Jeune Barreau de Bruxelles, *Les obligations contractuelles*, 1984, pp. 46-47.

<sup>20</sup> Ce principe est toutefois nuancé au 2° du même article.

### c) Acceptation tacite, offre tacite

**12.** L'approche classique connaît un débat qui préfigure en partie la contestation de sa pertinence. Il s'agit des discussions entourant l'acceptation tacite. Qu'en est-il si le destinataire de l'offre ne l'accepte pas expressément, n'émet aucune contre-proposition, mais ne la rejette pas non plus ? Il se tait.

L'acceptation devant être une manifestation de volonté, l'accord se fait pour décider que le silence ne vaut pas acceptation. L'adage "*Qui ne dit mot consent*" n'a pas cours s'il s'agit de la conclusion d'un contrat. Toutefois, le silence dit "circonstancié" est généralement reconnu comme susceptible de constituer une acceptation<sup>21</sup>. Ainsi, l'absence de réaction à la réception d'une commande nouvelle s'inscrivant dans un courant d'affaires où les commandes sont habituellement honorées<sup>22</sup>. Dans le contexte, le silence peut être interprété comme manifestant l'intention de poursuivre "*business as usual*", donc d'accueillir cette commande comme les précédentes. L'acceptation tacite se dégage des circonstances. C'est le défaut d'acceptation qui devrait être exprimé. *A fortiori*, l'acceptation tacite peut s'inférer de l'exécution du contrat par le destinataire de l'offre.

Cette reconnaissance du mode de formation d'un contrat par la rencontre d'une offre et d'un silence circonstancié ouvre la porte, du côté de l'acceptation, à la substitution d'un comportement à la manifestation expresse de volonté qu'exige en principe le concept. L'évolution est reconnue dans la Convention de Vienne pour laquelle "*Une déclaration ou autre comportement du destinataire indiquant qu'il acquiesce à une offre constitue une acceptation. Le silence ou l'inaction à eux seuls ne peuvent valoir acceptation*" (art. 18, 1°). On lira dans le même sens l'article 2.6 (1) des Principes d'Unidroit.

L'acceptation n'est donc pas nécessairement un "*oui*" explicite; elle peut aussi s'incarner dans un comportement qui dit "*oui*".

Cette prise en considération du comportement de l'un des partenaires ne porte cependant pas une atteinte significative à l'analyse traditionnelle du processus de rencontre des consentements. Il est toujours question des deux phases successives de l'offre et de l'acceptation. Cette dernière seule prend la forme d'un comportement plutôt que d'une expression. Le pas n'est guère difficile à franchir, car le contenu d'une acceptation ne présente aucune complexité : il s'agit d'une simple adhésion à l'offre. Pareille adhésion peut s'exprimer autrement que par des mots.

**13.** Des développements analogues affectent également l'offre, lorsqu'il s'agit de contrats dont les éléments revêtent une grande simplicité. S'il paraît inconcevable de manifester tacitement les multiples facettes d'une offre de construire une usine clef sur porte, il n'est pas nécessaire de prononcer ou

<sup>21</sup> Cf. P. VAN OMMEFLAGHE, *op. cit.*, pp. 136-138; S. STIJNS, P. WERY et D. VAN GERVEN, *op. cit.*, p. 715.

<sup>22</sup> Cf. Liège, 28 mars 1991, *Jur. Lg., Mons, Brux.*, 1992, 77.

d'écrire certains mots pour mettre un livre en vente. L'exposer à l'étalage avec une étiquette n'est après tout qu'un comportement, suffisamment éloquent pour être analysé comme une offre. On raisonne de même à propos des offres tacites de contracter que constituent par exemple l'installation dans un lieu public d'un distributeur automatique de boissons, ou le stationnement de taxis dans l'aire qui leur est réservée<sup>23</sup>.

Ici également, le comportement d'un des partenaires est pris en considération. Mais il s'agit toujours de se référer à la séquence classique de l'offre et de l'acceptation. Chacune des notions est seulement élargie pour accueillir des comportements qui les manifestent l'une ou l'autre.

**14.** Le rappel qui précède permet de mieux apprécier la portée de la critique. Il ne s'agit pas simplement de dire que l'offre ou l'acceptation pourraient prendre la forme de comportements, mais de renoncer à l'emploi de ces concepts car le comportement des parties, tout en exprimant leur accord, ne permettrait pas de distinguer ces deux phases successives.

#### **d) Survie de l'approche classique ?**

**15.** Les tenants de l'approche traditionnelle peuvent cependant s'obstiner. Même dans de pareilles négociations complexes, ne vient-il pas nécessairement un moment où l'une des parties, considérant que la somme des points successivement convenus permettrait de conclure, invite l'autre à partager le même sentiment ? Si cette dernière acquiesce, la négociation, malgré toutes ses particularités, ne débouche-t-elle finalement pas sur une offre suivie d'une acceptation ? Si le projet de contrat patiemment élaboré par les équipes de négociateurs, est soumis aux conseils d'administration respectifs, le premier de ceux-ci qui s'estime satisfait et propose à l'autre de signer un contrat sur ces bases ne soumet-il pas en fin de compte une offre à l'acceptation du partenaire ? C'est pendant les négociations que ne se dégagent pas clairement les rôles respectivement joués, chaque partie concourant de la même façon à la construction du contrat. Mais en fin de course, n'y a-t-il pas toujours une partie qui la première offre à l'autre de contracter ?

C'est possible. Quelle qu'ait été la confusion des rôles tout au cours de la négociation, l'une des parties peut en effet, en fin de compte, venir assumer l'attitude d'un offrant. L'on conviendra cependant que dans bien des cas, pareille récupération *in extremis* de l'approche classique risquerait de paraître quelque peu artificielle au regard de la manière dont le consentement des parties s'est véritablement construit dans une œuvre commune.

---

<sup>23</sup> Telle est du moins l'interprétation qui prévaut dans certains pays. Ailleurs, les propositions faites au public ne constituent pas de véritables offres (cf. H. KÖTZ, *op. cit.*, pp. 19-20).

### e) Régime applicable en l'absence d'offre et d'acceptation

**16.** Dans la mesure où l'on accueille l'idée qu'un contrat pourrait se former autrement que par l'acceptation d'une offre, il convient d'en dégager les conséquences juridiques, ce qui n'a guère été tenté jusqu'à présent. Les développements qui suivent ne font que soulever quelques questions et ouvrir certaines pistes.

D'une part, la nouvelle approche permet de faire l'économie de quelques problèmes liés à l'ancienne. Mais elle rend délicate la détermination du moment de la conclusion du contrat. Enfin, une comparaison s'impose avec la théorie dite de la "*punctatio*".

#### *Difficultés écartées*

**17.** S'il n'y a plus d'offre identifiable, disparaît toute la problématique relative au caractère révocable ou irrévocable de la sollicitation. Si le droit applicable est de ceux pour qui l'offre est irrévocable, la règle n'est pas d'application : il n'y a pas d'engagement de la part d'une des futures parties de maintenir une proposition complète de contracter pendant le délai qu'elle a fixé ou un délai raisonnable, puisque pareille proposition n'existe pas. *A fortiori*, si le droit applicable considère l'offre comme révocable, il n'y a pas lieu de s'inquiéter de cette question, à défaut d'être en présence d'une offre.

L'absence d'offre a pour corollaire l'absence d'acceptation; il n'y a rien à "accepter" au sens de la problématique classique. Ne risquent dès lors pas de se poser les difficultés liées à l'identification d'une véritable acceptation, telles que les questions de l'acceptation tacite, de l'acceptation qualifiée et de l'acceptation tardive .

Faute d'échange d'une offre et d'une acceptation, le problème du contrat entre absents est lui aussi dépourvu de toute pertinence. Il n'y a pas à s'interroger sur le moment précis où l'offre est considérée comme acceptée, et le contrat conclu, entre personnes qui ne sont pas en contact immédiat. Adieu émission, expédition, réception et information<sup>24</sup> ! Quant à l'épineuse question des conditions générales contradictoires ("*battle of forms*" ), elle ne se pose en principe plus.

---

<sup>24</sup> Adieu en ce qui concerne le moment de la formation du contrat, mais la problématique conserve son intérêt dans tous les cas où des volontés sont déclarées à un "absent" (cf. *supra*, note 8).

*Problème : moment de la conclusion du contrat*

**18.** A ce stade, l'impression pourrait naître qu'en écartant les concepts d'offre et d'acceptation, le juriste se simplifie considérablement la tâche, faisant l'économie des différentes difficultés attachées à ces notions.

Ce serait perdre de vue que l'analyse traditionnelle permet notamment de déterminer à quel moment précis un contrat est conclu, question dont l'importance n'est pas à souligner. Comme l'acceptation répond à une définition qui facilite son identification (il s'agit de localiser un simple "oui" en réponse à une offre), l'approche offre / acceptation permet une fixation rigoureuse du moment de conclusion, une fois choisie la solution adéquate à l'hypothèse du contrat entre absents. L'abandon de cette approche contraint à reprendre l'analyse du moment de formation du contrat et à dégager d'autres critères.

**19.** La tâche n'est pas aisée. Si le contrat se conclut "*par un comportement des parties qui indique suffisamment leur accord*" (Principes d'Unidroit, art. 2.1), sachant que ce comportement est autre chose que l'acceptation d'une offre, en quoi consiste-t-il ? En général, il est fait allusion à un comportement démontrant que le contrat *a été* conclu. Rappelons deux formules déjà citées : "... *conduct which indicates that both parties have committed themselves to a contractual relationship*" (Note du gouvernement australien au secrétaire général d'Unidroit); "... *any manner sufficient to show agreement, including conduct by both parties which recognizes the existence of ... a contract*" (U.C.C. § 2-204 (a)). Le comportement visé n'est pas celui qui provoque la conclusion du contrat, mais celui qui établit *a posteriori* que cette conclusion a bien eu lieu. L'on songe notamment à la préparation de l'exécution, voire à l'exécution elle-même. Les formules ne sont en rien éclairantes quant aux circonstances qui, en l'absence d'une offre et d'une acceptation, vont provoquer la conclusion même du contrat.

Ces circonstances ne peuvent être qu'un sentiment partagé que la négociation a abouti. Il n'y a pas eu d'offre à accepter, mais les négociateurs fourbus réalisent qu'ils ont épuisé avec succès la liste des questions à régler. Ils se serrent la main, ils débouchent le champagne, ils sortent leurs agendas pour fixer non la date de leur prochaine session, mais celle de la signature officielle des documents contractuels définitifs. Le contrat est-il conclu lorsque le bouchon saute ?

Le moment précis de la conclusion n'est pas facile à déterminer en pareil contexte. Dans bien des cas, le résultat des pourparlers, même s'il s'incorpore dans un *memorandum* co-signé par les négociateurs, n'est qu'un projet que les négociateurs vont soumettre à leurs dirigeants respectifs. Certaines autorisations restent peut-être à obtenir des pouvoirs publics. La confirmation de concours de tiers est parfois la condition d'un accord définitif. On doit admettre qu'en se privant des instruments commodes que sont les concepts d'offre et d'acceptation, cette approche rend bien difficile, sinon impossible, la fixation d'une date précise de conclusion.

20. Est-ce dramatique ? Il n'est pas inconcevable d'admettre qu'un contrat a été conclu sans savoir exactement quand. D'après le § 2-204 (2) du *Uniform Commercial Code*, "*An agreement sufficient to constitute a contract for sale may be found even though the moment of its making is undetermined*". Une disposition qu'avait établie le secrétariat de la CNUDCI en vue de son inclusion dans la future Convention de Vienne (mais finalement non retenue) prévoyait aussi qu'un contrat de vente pouvait être considéré comme conclu même si le moment de la conclusion n'était pas déterminé<sup>25</sup>. Cette situation peut entraîner certains inconvénients (par exemple quant à la détermination du transfert de propriété dans un système juridique comme le droit français ou belge), mais pour l'essentiel, elle n'affecte en rien la viabilité du contrat. Celui-ci peut parfaitement s'exécuter sans date de naissance établie, dès lors qu'*a posteriori* le comportement des parties révèle bien que le contrat a été conclu.

21. En pareil contexte, l'on comprend mieux l'importance d'une disposition très fréquente dans ce type de contrat issu de longues négociations, la clause d'entrée en vigueur. Si le moment exact de la formation du contrat est affecté d'un certain flou, au moins les parties veillent-elles à fixer avec précision le jour où leurs obligations respectives prendront effet. Pour les praticiens, c'est d'ailleurs l'essentiel. De toute façon, que le contrat soit juridiquement conclu ou non, il faudra souvent attendre, on l'a dit, l'issue de diverses démarches et la réalisation de certaines conditions avant d'engager la phase d'exécution<sup>26</sup>.

### *Théorie de la punctatio*

22. Au processus décrivant la conclusion du contrat par l'acceptation d'une offre, l'analyse qui vient d'être discutée susbstitue des comportements non réductibles aux concepts d'offre et d'acceptation, mais indiquant à suffisance que les parties ont consenti à l'accord.

Une approche analogue, mais non identique, est celle de la théorie de la *punctatio* : un contrat pourrait se former non pas en un moment précis, mais "par couches successives"<sup>27</sup>.

<sup>25</sup> Cf. l'article 6 (4)(b) du texte préparé par le Secrétariat pour la 8ème session du groupe de travail, *UNCITRAL Yearbook*, vol. VIII (1977), pp. 93 et suiv.

<sup>26</sup> Voici un exemple caractéristique d'une telle clause d'entrée en vigueur : "*The contract will only come into force when the following conditions have been fulfilled : a) Approval of the contract by the competent (governmental) authorities ... not later than 60 days after the date of signature of this contract ; b) Receipt by the supplier of the down payments mentioned throughout article 13 not later than 60 days after the date of signature of this contract ; c) Receipt by the investor of the performance bond as mentioned in article III, within 60 days after the date of signature of this contract... Each postponement of one of the dates mentioned in paragraphs a, b and c will result in a postponement, with at least the same period, of the dates of putting into successful trial operation of the exchange ordered*". Au sujet des clauses d'entrée en vigueur, cfr. d'autres exemples et le commentaire de Philippe KAHN, dans *Le Contrat économique international* (travaux des VIIèmes Journées d'études juridiques Jean Dabin de l'Université de Louvain), Bruxelles et Paris, 1975, pp. 189-193. Cf. aussi notre *Droit des contrats internationaux*, Paris, 1989, pp. 13-14, 33; N. TERKI, La clause d'entrée en vigueur dans le contrat international de longue durée en droit algérien, *Dr. Prat. Comm. Int.*, 1983, pp. 221-237.

<sup>27</sup> Cf. J. CARBONNIER, note sous Cass. fr., 24 mars 1958, *Jur. Class. Pér.*, 1958, n° 10858.

Cette conception est consacrée par l'article 2 du Code suisse des obligations. Ce texte prévoit que *"Si les parties se sont mises d'accord sur tous les points essentiels, le contrat est réputé conclu, lors même que des points secondaires ont été réservés"*, avant de préciser qu'*"A défaut d'accord sur les points secondaires, le juge les règle en tenant compte de la nature de l'affaire"*. Un contrat accède donc à l'existence juridique avant l'épuisement de la liste des points à négocier, pourvu que les parties se soient déjà entendues sur les points essentiels - et même si l'accord ne peut se faire sur les points restés en suspens<sup>28</sup>.

Sur la même question, le droit allemand adopte la position inverse : d'après le § 154 du *B.G.B.*, *"Solange nicht die Parteien sich über alle Punkte eines Vertrags geeinigt haben, über die nach der Erklärung auch nur einer Partei eine Vereinbarung getroffen werden soll, ist im Zweifel der Vertrag nicht geschlossen..."* <sup>29</sup>. Il en va de même dans notre droit : un contrat ne peut venir à existence qu'en présence d'un accord sur tous les éléments à propos desquels la rencontre des consentements était nécessaire, non seulement les éléments essentiels, mais aussi tous les autres éléments auxquels au moins l'une des parties avait subordonné son consentement, à savoir les éléments dits "substantiels"<sup>30</sup>.

La conception du Code des obligations suisse, plus audacieuse, permet à un contrat de naître lorsque l'accord est atteint sur l'essentiel, alors même que la négociation n'est pas achevée.

**23.** Cette conception rejoint l'expérience vécue de bien des participants à ces longues et complexes négociations qui retiennent notre attention. Une expression souvent entendue est celle d'un *"point de non-retour"*. A un certain moment, les négociateurs sentent que la partie est gagnée, et que les pourparlers vont certainement aboutir. Il reste des points à débattre, il subsiste encore des difficultés, mais au stade atteint, l'échec est devenu unimaginable. Le contrat est ressenti comme conclu, alors que cependant, la négociation n'est pas encore arrivée à son terme.

**24.** Pareille perception des choses se concrétise parfois dans une décision d'entamer déjà l'exécution du contrat avant l'aboutissement des pourparlers. Par une clause *"authority to proceed"*, une des parties se voit par exemple autorisée à engager sans plus attendre la première phase des travaux<sup>31</sup>. Le phénomène n'est pas exceptionnel, les hommes d'affaires perdant patience pendant que les juristes fignolent les dernières clauses contractuelles. Les catégories traditionnelles sont ainsi bousculées, l'exécution du

<sup>28</sup> Le Code civil algérien (Ordonnance n°75-58 du 26 septembre 1975) comporte une disposition analogue (art. 65). Cf. aussi l'article 106 de l'ancien Code tchécoslovaque du commerce extérieur.

<sup>29</sup> Sur ce texte, cf. H. BROX, *op. cit.*, pp. 124-126.

<sup>30</sup> Cf. *supra*, n° 9. Les points "accessoirs", sur lesquels aucun accord particulier n'était souhaité, sont en dehors du débat.

<sup>31</sup> Voici un exemple d'une telle clause : *"Nous avons l'intention de vous commander les travaux complémentaires prévus pour déterminer la faisabilité d'un moteur à gaz léger, suite à votre téléx du... concernant votre proposition technique et financière répondant à notre consultation, et qui a reçu l'accord des services techniques. La commande définitive... vous sera adressée dès que l'avenant I au contrat n°600 330 en cours de finition vous sera notifié. Vous êtes autorisés par la présente lettre à engager un montant plafond de 1 175 325 FB... couvrant les travaux ci-dessous (suit une énumération chiffrée des travaux à entreprendre). Nous vous demandons de bien vouloir confirmer votre accord en nous renvoyant le double de la présente lettre signé par vos soins"* (cf. notre *Droit des contrats internationaux*, *op. cit.*, p. 29-30).

contrat commençant avant sa conclusion telle que le conçoit la théorie classique. Le phénomène se comprend mieux si l'on estime que le contrat peut venir à existence avant l'achèvement complet de sa négociation.

**25.** Cette dernière approche n'est pas identique à celle que traduit l'article 2.1 des Principes d'Unidroit. D'après ce texte, l'accord des parties peut se nouer autrement que par l'échange d'une offre et d'une acceptation. Quant à la théorie de la "*punctatio*", elle admet qu'un contrat est conclu dès l'accord sur les points essentiels, même si des points secondaires restent réservés. La première position ne s'exprime pas quant au point de savoir si le contrat peut être conclu avant l'achèvement de la négociation.

Mais le trait commun de ces deux approches, qui justifie leur rapprochement, est qu'elles écartent toutes deux la référence au processus de formation classique offre / acceptation. Dans la théorie de la "*punctatio*", le contrat se forme dès l'accord sur les éléments essentiels, le "*point de non-retour*" des praticiens, alors que la négociation est toujours engagée, circonstances ne correspondant certainement pas à l'"acceptation" d'une "offre". Ici également, la conclusion du contrat ne se réalise pas selon le processus classique.

§

§

§

**26.** Le processus de formation du contrat analysé en termes d'offre et d'acceptation est remis en cause, non seulement par certains auteurs, mais également dans des codifications aussi significatives que le *Uniform Commercial Code* américain (§ 2-204 (1)) et les *Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international* (art. 2.1). La contestation doit retenir l'intérêt.

Dans un certain nombre de situations, et particulièrement lorsque le contrat mûrit progressivement au cours d'une de ces grandes négociations caractéristiques des opérations économiques d'envergure, il est vrai qu'il est bien artificiel, sinon impossible, de déceler un moment où l'un des partenaires aurait émis une "offre" au sens classique, que l'autre partie aurait ensuite "acceptée".

Cette constatation ne conduit pas à rejeter les concepts traditionnels comme entièrement dépassés. L'offre et l'acceptation restent des outils de travail adéquats pour l'analyse du processus de formation de la plupart des contrats. La discussion fait seulement apparaître leurs limites. La nouvelle approche proposée ne se substitue pas à l'ancienne, elle vient y apporter un complément utile. Ni le *U.C.C.* ni les

Principes d'Unidroit n'ont abandonné l'offre et l'acceptation, dont l'un et l'autre réglementent toujours les différentes facettes.

L'attention doit néanmoins se porter sur ces formations de contrats privées de l'encadrement analytique traditionnel. Quel régime leur appliquer ? Nous avons émis quelques premières réflexions. Certains problèmes ne se posent plus. Mais le prix à payer est la difficulté de déterminer avec précision le moment de conclusion du contrat. Pareille incertitude n'affecte cependant pas la viabilité même de l'accord.

Marcel FONTAINE  
Professeur à la Faculté de droit de l'UCL  
Directeur du Centre de droit des obligations  
Mai 1999