

# LE PROCESSUS DE FORMATION DU CONTRAT DANS TOUS SES ÉTATS

par

Marcel FONTAINE  
professeur émérite  
à l'Université catholique de Louvain

## INTRODUCTION

Dans la brochure de présentation de ce colloque, la Semaine Judiciaire évoque le Code suisse des obligations et pose différentes questions: «Que reste-t-il aujourd'hui de ce monument construit sur les principes de la liberté contractuelle et de l'autonomie de la volonté? Le contrat qu'avait en vue le législateur d'alors existe-t-il encore? Est-il dépassé par l'accélération des besoins de la pratique? Ou est-il remplacé par d'autres figures juridiques que ne pouvaient prévoir les rédacteurs du code de 1881?».

Le rapport que je vais vous présenter tente d'apporter quelques réponses à ces questions, à propos de la problématique du processus de formation du contrat. Vous pardonnerez à un invité étranger de ne pas mettre l'accent sur le droit suisse, en dépit de toute l'admiration que j'éprouve pour votre codification qui a très bien vieilli et qui reste un exemple d'élégance et de clarté. Mais les aspects que je vais évoquer sont assez universels.

Le chapitre de la formation des contrats paraît constituer une source inépuisable de nouveaux développements. Le droit romain lui réservait déjà beaucoup d'attention. Mais la théorie de ce que l'on peut appeler le *processus dynamique de formation du contrat*, les différentes étapes qui conduisent à la conclusion de l'accord, ne s'est dégagée qu'au XIX<sup>e</sup> siècle (le Code Napoléon de 1804 ignore les notions d'offre et d'acceptation). Plus récemment, les réglementations consuméristes se sont beaucoup soucies de la protection du consentement, tandis que certains apports significatifs de la pratique contractuelle étaient découverts et que le développement du commerce électronique suscitait de nouvelles questions.

Nous tenterons d'évoquer ces différentes facettes du processus de formation du contrat «dans tous ses états», en commençant par un rappel des

solutions classiques en droit comparé. Nous évoquerons également les éclairages intéressants qu'apportent certaines approches interdisciplinaires, l'analyse économique et l'analyse psychologique du droit<sup>1</sup>.

## I. DROIT COMPARE

Dans les différents droits nationaux, le processus de formation des contrats fait l'objet de traitements dont les convergences et les divergences ont souvent été soulignées. Les grands instruments de droit harmonisé consacrent certaines solutions, en offrant parfois des avancées remarquables. Compte tenu de la qualité des présentations déjà disponibles, nous nous bornerons ici à un très bref rappel<sup>2</sup>.

### A. Droits nationaux

#### 1. *Négociations*

Le phénomène des négociations est à présent appréhendé par tous les systèmes juridiques<sup>3</sup>.

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

Des études récentes ont montré que pareil jugement comparatif doit être nuancé. Tant en Angleterre qu'aux Etats-Unis, des évolutions se sont produites conduisant à la reconnaissance de sanctions à certains comportements des négociateurs: *promissory estoppel*, *unjust enrichment*, *law of torts*, notamment, fournissent des armes aux partenaires déçus<sup>4</sup>. D'autre part, même en *civil law*, le principe reste celui de la liberté dans la conduite et la rupture éventuelle des négociations. A des degrés divers selon le système juridique applicable, certains comportements peuvent certes être considérés comme

<sup>1</sup> Ce rapport doit beaucoup aux résultats d'un programme de recherche conduit au Centre de droit des obligations de l'Université catholique de Louvain, publiés dans *Le processus de formation du contrat – Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, 920 p., Bruxelles, Bruylant, et Paris, LGDJ, 2002.

<sup>2</sup> Cf. spéc. SCHLESINGER; ZWIGERT / KÖTZ. Dans la présente étude, nous nous référerons beaucoup à l'ouvrage cité à la note précédente, lui-même très riche en références.

<sup>3</sup> Les solutions sont souvent jurisprudentielles; des bases légales existent dans certains pays (cf. p. ex. l'art. 1337 du *Codice civile* italien et le nouveau § 311 (2) du BGB allemand).

<sup>4</sup> Cf. DE CONINCK (2002), p. 66-94.

contraires à la bonne foi et donc sanctionnés, mais il ne s'agit jamais que de circonstances exceptionnelles.

## 2. Offre

Il est frappant de constater que la notion d'offre (de même que celle d'acceptation) est reçue dans tous les systèmes juridiques, tant en *common law* qu'en *civil law*. Mais l'analyse comparative révèle plusieurs points importants de divergences.

Une première question est de savoir dans quelle mesure une proposition doit être précise et complète en vue de constituer une offre. L'interrogation est d'importance, car elle a des prolongements au niveau du contenu de l'acceptation, ainsi que de la validité d'un contrat dont tous les éléments ne seraient pas déterminés. De manière plus générale se pose la question de savoir sur quels éléments au minimum un accord doit se former pour qu'un contrat soit conclu. Des analyses récentes ont confirmé l'omniprésence du problème dans les différents systèmes juridiques. Une distinction se dégage, au-delà de terminologies variables, entre les éléments essentiels (éléments nécessaires du contrat projeté), substantiels (éléments «essentialisés» par la volonté des parties) et accessoires (les autres éléments)<sup>5</sup>.

Un autre aspect délicat est de savoir si une proposition faite au public peut revêtir la qualification d'«offre», à condition de répondre aux autres conditions. La question divise les droits nationaux. L'objection souvent tirée du risque d'épuisement du stock peut être résolue par la voie de la «réserve implicite», solution retenue par certains droits<sup>6</sup>.

La question la plus épineuse est sans doute celle de la portée juridique de l'offre. Partout, l'émission d'une offre produit des effets juridiques, puisqu'elle expose à la conclusion du contrat en cas d'acceptation. Toutefois, une divergence importante sépare les différents systèmes: pendant son délai de validité, une offre peut-elle être révoquée par son auteur, ou au contraire, ce dernier s'oblige-t-il à la maintenir? L'analyse comparative met en évidence la diversité des solutions. Le clivage, ici, n'oppose pas *civil law* et *common law*. Ainsi, alors que l'offre est irrévocable en droits allemand, suisse et belge, elle est en principe révocable en droit français; alors que l'offre est normalement révocable en *common law*, des doctrines comme celle du *promissory estoppel* font parfois obstacle à la révocation, principalement en droit américain<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> Cf. DELFORGE, p. 155-157, 388-391.

<sup>6</sup> Idem, p. 392-395.

<sup>7</sup> Idem, p. 409-415.

### 3. *Contrats entre absents*

Partout, la théorie classique considère que le contrat est formé par l'acceptation de l'offre, mais à quel moment le phénomène se produit-il si offre et acceptation se rencontrent à distance? Les différentes solutions possibles font l'objet de «théories» bien connues: émission, expédition, réception, information. La théorie de la réception est le plus souvent retenue en droit comparé (le contrat est conclu lorsque l'acceptation est «reçue» par l'offrant, même s'il n'en a pas encore pris connaissance), mais certains systèmes juridiques retiennent des solutions différentes ou plus nuancées<sup>8</sup>. Je n'apprendrai pas à cet auditoire le système retenu par l'article 10 du Code suisse des obligations.

### B. Instruments internationaux

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

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

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

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

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

Nous reviendrons sur certaines des avancées des Principes d'UNIDROIT et des Principes de droit européen. On aura déjà relevé que ces deux codifications récentes consacrent des dispositions à la conduite des parties pendant la négociation, aspect complètement ignoré par la Convention de Vienne.

## II. PROTECTION DE LA PARTIE FAIBLE

Le souci de protéger la partie faible domine les évolutions qu'a connues le droit des contrats depuis le XIX<sup>e</sup> siècle. La prise de conscience des abus dont étaient victimes les travailleurs s'est progressivement étendue à d'autres catégories de contractants fragiles, locataires, fermiers, emprunteurs, assurés et autres touristes, jusqu'à l'avènement de régimes de protection du consommateur à portée plus générale.

Il en est résulté une efflorescence de réglementations, dont une bonne part, en Union européenne, trouvent leur source dans des directives communautaires. Ces textes, apparus au fil des circonstances, ont rarement été intégrés dans le code civil. Mais leur portée cumulée est devenue telle que le droit commun des contrats ne représente plus la réalité, tant les régimes particuliers se sont multipliés.

De très nombreuses techniques de protection se sont développées. Malgré le manque évident de coordination entre ces multiples initiatives, des traits communs peuvent être dégagés. C'est notamment le cas en ce qui concerne la protection de la partie faible au stade de la formation du contrat.

### A. Obligation d'information, devoir de conseil

Déjà largement développées par la jurisprudence, des obligations légales d'information sont de plus en plus souvent mises à charge de l'une ou l'autre des parties au moment de la négociation et de la conclusion du contrat. Ainsi, la loi belge du 12 juin 1991 sur le crédit à la consommation impose-t-elle au prêteur et à l'intermédiaire de crédit «de donner au consommateur toute information nécessaire, de façon exacte et complète, concernant le contrat de crédit envisagé» (art. 11,1<sup>o</sup>). De son côté, «le consommateur qui sollicite un contrat de crédit doit, à la demande du prêteur ou de l'intermédiaire de crédit,

lui communiquer les renseignements exacts et complets que le prêteur ou l'intermédiaire de crédit jugent nécessaires afin d'apprécier la situation financière et les facultés de remboursement du consommateur» (art. 10 al. 1). Quant au devoir de conseil, le prêteur et l'intermédiaire sont tenus «de rechercher, dans le cadre des contrats de crédit qu'ils offrent habituellement, le type et le montant de crédit les mieux adaptés, compte tenu de la situation financière du consommateur au moment de la conclusion du contrat» (art. 11,2°)<sup>9</sup>.

## B. Modalisation de l'offre

Des réglementations particulières de protection de la partie faible n'hésitent pas à s'en prendre au processus dynamique de formation du contrat. Ainsi, la mécanique offre-acceptation peut prendre au piège de l'engagement contractuel un participant inexpérimenté (du moins lorsque l'offre est considérée comme irrévocable): elle est enrayée par des dispositions telles que celle qui refuse tout caractère obligatoire à une proposition d'assurance<sup>10</sup>. En sens contraire, la création du délit de refus de vente oblige à conclure celui qui a offert un produit ou un service, sauf motif légitime<sup>11</sup>.

D'autre part, de nombreuses réglementations s'attachent à modaliser offre, acceptation et moment de la conclusion du contrat. Par exemple, la loi belge du 12 juin 1991 sur le crédit à la consommation impose que le contrat de crédit soit précédé d'une offre écrite comportant différentes mentions, et émanant nécessairement du prêteur. Une telle offre doit avoir une durée minimum de 15 jours. L'acceptation est formalisée, le contrat devant nécessairement être signé<sup>12</sup>.

## C. Résurgence du formalisme

Les droits primitifs soumettaient la conclusion du contrat à diverses exigences de forme (intervention de prêtres ou de magistrats, sacrifices, mises en scène, gestes ou paroles sacramentels, etc.). De nos jours, le principe du consensualisme s'est imposé partout, tant en droit national qu'en droit uniforme (cf. l'art. 11 de la Convention de Vienne, l'art. 1.2 des Principes d'UNIDROIT et l'art. 2.101, 2° des Principes européens du droit du contrat). C'est le résultat d'une longue évolution, liée à la banalisation du phénomène

<sup>9</sup> Pour des exemples de tels textes en droit belge, cf. DE CONINCK (1997), p. 261-271.

<sup>10</sup> Cf. p. ex. KULLMANN, p. 362.

<sup>11</sup> Cf. VIRASSAMY, p. 482-485.

<sup>12</sup> Cf. TRIGAUX, p. 214-231.

contractuel, et à la reconnaissance de son importance dans l'économie de marché<sup>13</sup>.

Il apparaît toutefois que la réglementation protectrice de la partie faible provoque une certaine résurgence du formalisme dans le droit des contrats.

Le nouveau formalisme présente certaines caractéristiques originales. Il se manifeste le plus souvent par l'exigence de la rédaction d'un écrit comme condition de validité du contrat, mais l'intervention d'un officier public n'est plus guère requise. L'écrit doit contenir un certain nombre de mentions obligatoires. Ainsi, la directive communautaire relative au crédit à la consommation exige-t-elle que les contrats de crédit soient établis par écrit, et que le consommateur en reçoive un exemplaire (art. 4, 1<sup>o</sup>). Le texte énumère les mentions obligatoires (art. 4, 2<sup>o</sup> et 3<sup>o</sup>, ainsi que l'annexe à la directive)<sup>14</sup>. Dans certains cas, la loi émet l'exigence d'une certaine présentation formelle («caractères très apparents»)<sup>15</sup>.

Une autre manifestation contemporaine du formalisme apparaît dans la réglementation belge de la vente à tempérament, qui fait du paiement préalable d'un acompte minimum une condition essentielle de la formation du contrat (loi du 12 juin 1991 sur le crédit à la consommation, art. 45), le contrat de vente à tempérament devenant ainsi une sorte de contrat réel.

D'autre part, alors que la sanction traditionnelle du manquement au formalisme était la nullité du contrat, de nouvelles sanctions apparaissent, mieux adaptées aux objectifs poursuivis, telles que la réduction des obligations de la partie à qui la protection a fait défaut<sup>16</sup>.

## D. Délai de réflexion, droit de repentir

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

De plus en plus nombreuses sont cependant les réglementations protectrices de la partie faible qui accordent à celle-ci (parfois aux deux parties) un délai de réflexion ou un droit de repentir<sup>17</sup>. Le contrat n'est pleinement conclu que s'il n'a pas été dénoncé dans un certain délai; ou encore, il est considéré comme conclu, mais il est possible de s'en dégager unilatéralement

<sup>13</sup> Cf. BRASSEUR, p. 616-625.

<sup>14</sup> Directive 87/102/CEE du Conseil du 22 décembre 1986 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de crédit à la consommation (JOCE L 042 du 12.2.1987, p. 48).

<sup>15</sup> Pour des applications en droit français des assurances, cf. J. KULLMANN, p. 365-367.

<sup>16</sup> Cf. BRASSEUR, p. 658-660.

<sup>17</sup> Cf. VANDENHOUTEN, p. 554-604.

pendant un certain temps. Ces mécanismes étaient apparus dans certains droits nationaux. Ils se répandent à la faveur de directives européennes, par exemple dans les domaines des contrats négociés en dehors des établissements commerciaux, ou à distance, des contrats de crédit ou des contrats d'assurance sur la vie. Cette liste montre le développement du phénomène: des contrats de grande diffusion sont concernés, ainsi que tout le domaine des contrats à distance, domaine où se meut le commerce électronique<sup>18</sup>.

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

### III. APPORTS DE LA PRATIQUE CONTRACTUELLE

#### A. Rôle créateur de la pratique

Le droit des contrats est largement construit par les praticiens. En reconnaissant le principe de la liberté des conventions, le législateur a délégué aux parties le pouvoir de façonner elles-mêmes le contenu de leurs accords et de conférer force obligatoire au produit de leurs négociations.

Or les parties font souvent preuve de créativité et d'imagination. Elles tirent un excellent parti de la plage de liberté qui leur est offerte. La récolte et l'analyse de documents contractuels élaborés par la pratique s'avère extrêmement riche en découvertes de constructions contractuelles originales (de nouveaux types de contrats sont mis au point) et de clauses novatrices par rapport aux solutions du droit commun.

Lorsque les négociateurs ont mis au point une nouvelle formule contractuelle réussie, ils sont tentés de la réutiliser à la prochaine négociation. Les bonnes clauses ont tendance à se reproduire. Elles finissent par se répandre dans le secteur, voire par se généraliser sur l'ensemble du marché. La contagion est parfois universelle: il y a des clauses que la pratique rédige selon les mêmes axes quel que soit le droit applicable. Dans le commerce international, il existe des archétypes de stipulations telles que les clauses de force majeure ou les clauses pénales.

Les découvertes résultant de l'analyse de cette pratique révèlent la contribution exceptionnelle que l'étude de la pratique des contrats internationaux apporte à la théorie du contrat en général. Cette pratique est directement confrontée aux soucis des opérateurs économiques. Ses approches sont de nature à enrichir, sinon à renouveler bien des analyses juridiques

<sup>18</sup> Cf. l'art. 6 de la Directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance (JOCE L 144 du 4.6.1997, p. 19).



traditionnelles. Elle fait apercevoir des questions nouvelles, d'autres modes de poser et de résoudre des problèmes<sup>19</sup>.

Il en est ainsi à propos du processus de formation des contrats.

## **B. Théorie et pratique de la formation des contrats**

La réalité est parfois bien différente de la vision un peu simpliste des choses sur laquelle est construite la théorie classique de la formation des contrats, dont les grands traits ont été rappelés plus haut. Cette vision reste adéquate pour les contrats de la vie courante, où la négociation est inexistante (achat d'un journal) ou réduite à peu de choses (travaux de peinture), et sans doute aussi pour les contrats commerciaux les plus simples. Elle n'est plus adaptée en présence d'opérations économiques dont la complexité appelle des pourparlers extensifs et onéreux. Lorsque des équipes de négociateurs se rencontrent pendant des mois, voire des années, exposent des frais de déplacement, de séjour et d'études préalables, engagent divers contacts avec des tiers dont le concours est souhaité, il n'est plus possible de décider que chacun garde à tout moment une entière liberté de rompre sauf faute caractérisée. Par ailleurs, il devient souvent difficile de déterminer avec précision le moment où le contrat est formé.

### **1. Documents jalonnant la négociation et engagements précontractuels<sup>20</sup>**

Il est frappant de constater que de telles négociations conduisent à la mise au point concertée d'une série de documents successifs. Les appellations sont variées: lettre d'intention, accord de principe, protocole, memorandum, etc. Le trait commun est que ces documents se présentent comme des accords contractuels, portant la signature des deux parties. Quelle pourrait être la portée juridique de ces documents ignorés de la théorie classique?

Le phénomène doit d'abord être présenté de manière plus concrète, avant de proposer des éléments d'analyse.

Quel est le contenu de ces documents? Il évolue au fur et à mesure de l'avancement des négociations.

Au départ, il peut s'agir d'une simple déclaration de l'intention d'entrer en négociation, à laquelle on demande cependant à l'autre partie de concourir. Après les premiers contacts, un document établit la liste des points à négocier et certains principes de base de la collaboration envisagée. Lorsque la négociation a déjà abouti sur certains points, les partenaires entérinent ces

---

<sup>19</sup> Cf. notamment FONTAINE / DE LY.

<sup>20</sup> Cf. FONTAINE / DE LY, p. 5-69, et les nombreuses clauses et références citées, ainsi que la discussion de quelques cas de jurisprudence de plusieurs pays.

premiers résultats. Peu à peu, les documents en viennent à ressembler au contrat final, les points restant à régler étant presque épuisés. Au stade ultime, les négociateurs débouchent sur un contrat qui serait parfait, sauf à le mettre en forme, s'il ne fallait pas encore, dans bien des cas, obtenir l'approbation des organes sociaux respectifs, et parfois solliciter des autorisations administratives.

Par ailleurs, ces documents préparatoires consacrent souvent les accords des parties en ce qui concerne l'organisation même des négociations: lieux, dates, composition des délégations, langue(s) de travail, prise en charge des frais, engagement éventuel de confidentialité, admission ou interdiction de négociations parallèles avec des tiers, etc.

Ces documents apparus au cours de négociations d'une certaine ampleur présentent ainsi des contenus très variés. Il semble difficile de leur refuser dans tous les cas toute portée juridique. Mais quelle peut être cette portée?

Une première prise de position concerne les accords relatifs à l'organisation des négociations. Il s'agit incontestablement de contrats à part entière, ayant leur objet propre, distinct de celui du contrat sur lequel porte la négociation.

Plus délicat est le sort des accords relatifs à l'élaboration progressive du futur contrat.

Les premiers documents, qui n'expriment encore qu'une intention très générale d'engager des négociations, sont sans doute trop imprécis pour revêtir une nature contractuelle. Ils peuvent néanmoins jouer un certain rôle en cas de rupture: une lettre d'intention incite à croire dans le sérieux des intentions du partenaire et à engager des frais afin d'amorcer la négociation. Si l'autre partie fait défaut à ce stade, la lettre servira éventuellement à prouver une *culpa in contrahendo* susceptible d'engager une responsabilité délictuelle.

L'analyse peut être plus engagée en ce qui concerne les documents ultérieurs qui actent l'accord des parties sur certains points déjà acquis. Le fait que ces résultats partiels de la négociation aient fait l'objet d'une consécration écrite, à laquelle les deux partenaires ont adhéré, n'implique-t-il pas un engagement réciproque de ne pas les remettre en cause ultérieurement sans la moindre justification? Au minimum, on peut en déduire la faute délictuelle de celui qui voudrait les méconnaître à la légère. Une interprétation plus audacieuse, mais séduisante, consiste à voir dans ces accords de véritables engagements contractuels de ne plus revenir sur ces points acquis de la négociation.

## 2. *Moment de la formation du contrat*

Lorsque les pourparlers ont atteint un stade très avancé, et que les parties actent par écrit leur accord sur tous les points essentiels, on peut même se demander si le contrat n'est pas déjà conclu alors même que des points

secondaires restent à négocier. L'article 2 du Code suisse des obligations formule à cet égard une solution remarquable — à laquelle il est classique d'opposer le § 154 du BGB allemand (cf. également l'art. 2.13 des Principes d'UNIDROIT)<sup>21</sup>.

Les praticiens, de leur côté, relatent tous qu'à un certain moment d'une négociation complexe, chacun sent que le «point de non-retour» est atteint, et que la négociation aboutira nécessairement même si elle n'est pas encore achevée. Le contrat n'est-il pas conclu à ce moment où les parties se sentent liées? On y reviendra. Les lettres d'intention qui reprennent de manière très élaborée les éléments essentiels sur lesquels l'accord est acquis pourraient, dans cette perspective, consacrer la conclusion même du contrat.

Dans ce contexte, la pratique révèle un phénomène étonnant. Lorsque la négociation est très avancée, il arrive que les hommes d'affaires s'impatientent de la lenteur des juristes et décident d'engager déjà au moins une première phase de l'exécution du contrat, avant même que la négociation ne soit achevée. Ceci fait l'objet d'un accord particulier, en vertu duquel le contrat commence à être exécuté avant sa conclusion!

La théorie classique des contrats en est évidemment ébranlée. Cet accord d'engager déjà une phase de l'exécution du futur contrat doit sans doute être lui-même analysé comme un contrat à part entière, ayant son objet spécifique<sup>22</sup>.

### C. Pratique et portée de la confirmation

De très nombreuses conditions générales stipulent que le contrat n'est conclu qu'après confirmation écrite. Ici encore, la théorie classique ignore le phénomène. Or cette attitude des praticiens mérite d'être prise en considération.

Les Principes d'UNIDROIT traitent des lettres de confirmation, à propos des situations où elles contiennent des éléments complémentaires et différents par rapport au contrat venant d'être conclu (art. 2.12); il en est de même des Principes de droit européen (art. 2.210). Une réflexion plus large devrait s'ouvrir sur la pratique de subordonner la conclusion du contrat à la confirmation d'une partie. Au binôme offre/acceptation, ne faut-il pas substituer dans certains cas le processus en trois étapes offre/acceptation/confirmation? Nous retrouverons bientôt la confirmation dans l'étude de la formation des contrats par voie électronique.

---

<sup>21</sup> Cf. DELFORGE, p. 461-474.

<sup>22</sup> Sur ce phénomène, cf. FONTAINE / DE LY, p. 37-38, 669-670.

## D. Clauses diverses

Les études de la pratique ont également révélé la fréquence de certaines clauses souscrites pendant les négociations, et d'autres clauses inscrites dans le contrat lui-même à propos de la détermination de son contenu.

En cours de pourparlers, les parties souscrivent notamment des engagements de confidentialité<sup>23</sup>, des clauses subordonnant la formation du contrat à l'accord sur certains points et des clauses qui au contraire remettent à plus tard la détermination à une détermination ultérieure.

Fréquentes sont aussi les clauses d'intégralité, ou «des quatre coins», par lesquelles les parties reconnaissent que leurs engagements ne sont exprimés que dans le contrat lui-même, à l'exclusion de tout document antérieur. D'autres clauses prévoient que le contrat ne pourra être modifié que par écrit<sup>24</sup>.

Ces différentes clauses affectent directement la négociation et la conclusion du contrat, ainsi que son contenu initial et futur. Leur prise en compte jette de nouveaux éclairages sur le processus de formation du contrat. Pareilles clauses ont fait de premières entrées dans certaines codifications. Ainsi, les Principes d'UNIDROIT et les Principes de droit européen du contrat (*Principles of European Contract Law*, PECL) abordent-ils la question des contrats subordonnés à un accord sur certaines questions relatives au fond ou à la forme (UNIDROIT, art. 2.13; PECL, art. 2.103), les renvois de la détermination d'une clause à un accord ultérieur (UNIDROIT, art. 2.14), les clauses d'intégralité (UNIDROIT, art. 2.17; PECL, art. 2.105) et les clauses relatives à la modification par écrit (UNIDROIT, art. 2.18; PECL, art. 2.106).

Les deux ensembles de Principes traitent également du devoir de confidentialité en l'absence de clause (UNIDROIT, art. 2.16; PECL, art. 2.302).

Ces développements caractéristiques de codifications récentes témoignent d'un début de pénétration des enseignements de la pratique dans le droit général des obligations.

## IV. PROBLEMES DU COMMERCE ELECTRONIQUE

Le développement du commerce électronique a fait apparaître des processus de formation du contrat présentant des spécificités originales par rapport aux séquences classiques. Les mécanismes de protection du consentement doivent être repensés.

---

<sup>23</sup> Sur les clauses de confidentialité en général, cf. idem, p. 259-329.

<sup>24</sup> Sur ces deux types de clauses, cf. idem, p. 115-210.

## A. Processus de formation du contrat électronique

La notion d'offre reste sans doute pertinente lorsqu'il s'agit d'apprécier la portée juridique de propositions de contracter diffusées sur le réseau. Mais on devra tenir compte du droit applicable, qui ne reconnaît pas toujours, on l'a rappelé, la même portée juridique à une offre, particulièrement à une offre au public.

Quant à l'acceptation, elle peut s'exprimer par les voies traditionnelles si le site ne permet pas l'acquisition directe, mais se borne à indiquer les points de vente non virtuels auxquels le client peut s'adresser. Mais souvent, l'opération peut se réaliser en ligne, par la voie d'un formulaire de commande électronique. C'est ici que la pratique a mis au point des procédés originaux, parfois saisis par la réglementation.

Compte tenu des risques de légèreté et de fausses manœuvres, une série de précautions sont devenues usuelles. Lorsque le client souhaite accepter une offre électronique, il est invité à exprimer son accord non par un seul, mais par deux, voire trois « clics » successifs. Il accepte le contenu de la commande, puis il est directement invité à confirmer son acceptation, après vérification. Loin du piège souvent dénoncé du consentement par simple « clic », l'introduction d'une commande par un contractant potentiel passe en général par « un itinéraire soigneusement découpé en étapes, chaque passage à l'étape ultérieure étant conditionné par son approbation, exprimée par un clic sur l'icône appropriée. A chaque instant, s'il le désire, il a la possibilité d'interrompre la procédure et de revenir en arrière, sans conclure le contrat »<sup>25</sup>. Le fournisseur est ensuite tenu de faire parvenir à son co-contractant, à bref délai et par voie électronique, un accusé de réception de sa commande; c'est du moins ce qu'exige la directive européenne du 8 juin 2000 sur le commerce électronique<sup>26</sup>.

Le processus binaire offre-acceptation fait ainsi place à une séquence plus complexe: offre, acceptation, confirmation de l'acceptation, accusé de réception de l'acceptation.

A quel moment le contrat est-il formé dans pareil contexte? A un certain moment, le projet de directive avait envisagé de réglementer le processus de formation du contrat par voie électronique, mais la tentative a échoué compte tenu des trop grandes divergences entre les différents systèmes (et sans doute de la difficulté de cliquer des pratiques trop évolutives). Le texte adopté laisse donc dans l'ombre la qualification tant de la « commande » que de l'« accusé de réception », compte tenu des analyses divergentes données à l'« offre » au public. Selon le droit applicable, l'accusé de réception requis

<sup>25</sup> Cf. DEMOULIN / MONTERO, p. 753.

<sup>26</sup> Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique »), JOCE L 178 du 17.7.2000, p. 1-16.

pourra donc constituer soit l'acceptation elle-même, soit une étape postérieure à celle-ci — mais avec quelle portée quant à la conclusion du contrat<sup>27</sup>?

L'analyse devient encore plus complexe lorsque le contractant électronique dispose d'un délai de réflexion ou d'un droit de repentir<sup>28</sup>.

## B. Protection de la partie faible – formalisme

Le développement du commerce électronique ne va pas sans inquiéter les milieux consoméristes. Les spécificités des opérations en ligne ne risquent-elles pas de rendre impraticables nombre d'exigences nouvelles destinées à protéger le consentement de la partie faible? Les risques sont aggravés par l'internationalisation des opérations et la difficulté d'exercer un contrôle efficace du respect du droit applicable.

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

De pénétrantes réflexions ont été consacrées à l'adaptation des exigences formalistes aux conditions de l'univers dématérialisé du numérique. Tout le formalisme doit être repensé afin d'être praticable dans le monde électronique. Quelques principes directeurs ont pu être affirmés: équivalence fonctionnelle (repenser des concepts, comme celui d'écrit, à la lumière de leurs fonctions, au-delà d'une lecture formaliste), neutralité technologique (rechercher des formules suffisamment générales, qui ne soient pas trop liées à des techniques risquant d'être bientôt dépassées), principe de mesure (ne pas vouloir une sécurité absolue, qui n'existe pas pour le support papier traditionnel)<sup>29</sup>.

Des pas importants ont déjà été franchis avec des instruments tels que les lois types de la CNUDCI sur le commerce électronique (1996) et sur la signature électronique (2001) ou la directive européenne du 13 décembre 1999 sur la signature électronique<sup>30</sup> (ainsi que de nombreuses législations nationales). *De lege ferenda*, on ne peut que rencontrer cette problématique: simple affaire de preuve dans le contexte du consensualisme, ces questions touchent à la formation même du contrat en régime formaliste.

27 Cf. DEMOULIN / MONTERO, p. 771-772.

28 Idem, p. 773-775.

29 Idem, p. 713-719.

30 Directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 décembre 1999, sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, JOCE L 013 du 19.1.2000, p. 12-20.

### C. Obligation d'information, devoir de conseil

Le commerce électronique offre par contre un environnement plus propice à l'application d'autres règles protectrices du consommateur, celles qui concernent l'obligation de renseignement. Les réseaux rendent possible une meilleure information, qu'il s'agisse de la description des biens et services offerts, de l'indication des prix ou de la communication des conditions générales. La situation est moins favorable en ce qui concerne le devoir de conseil, en raison de sa nature plus personnalisée, mais certaines solutions ont été proposées<sup>31</sup>.

## V. APPROCHE ECONOMIQUE DU DROIT

On connaît le mouvement *Law and Economics*, la séduction qu'il exerce chez certains et les réserves qu'il suscite chez d'autres. L'objectif est d'analyser les règles de droit sous l'angle de l'efficacité économique, et de proposer de meilleures règles dans cette perspective. Personnellement, nous pensons que l'approche *économique* du droit apporte des éclairages très utiles, mais que les solutions juridiques ne sont pas guidées par le seul souci du moindre coût. En toute hypothèse, l'apport de ce courant d'idées à la problématique de la formation du contrat mérite de retenir l'attention.

Nous retiendrons trois aspects, le régime de la rupture des négociations, le devoir d'information et la portée juridique de l'offre de contracter.

### A. Rupture des négociations

Le phénomène des négociations fait l'objet de quelques analyses approfondies dans la littérature du mouvement *Law and Economics*<sup>32</sup>. A priori, le libre jeu de la concurrence exige que chacun ait la possibilité d'entamer des négociations avec plusieurs partenaires afin de comparer leurs propositions et de décider de ne conclure finalement qu'avec l'un d'entre eux (ou même de ne conclure avec aucun). Ceci paraît impliquer la liberté de rompre toute négociation sans entraves. Mais des analyses plus élaborées sont proposées dans la littérature. A titre d'exemple caractéristique, nous dégagerons les grandes lignes d'un cas présenté par WILS, directement axé sur le choix du régime juridique à appliquer à la rupture des négociations<sup>33</sup>.

Une partie veut exposer des frais préparatoires dans la perspective d'une issue heureuse de la négociation. Ces frais s'élèvent à 15, et ils pourraient conduire à accroître de 40 la valeur de l'opération. Le bénéfice global

---

<sup>31</sup> Cf. DEMOULIN / MONTERO, p. 730-743.

<sup>32</sup> Cf. not. SHELL, p. 221-282; WILS, p. 93-134; DE GEEST, p. 131-144.

<sup>33</sup> Cf. WILS, p. 102-103.

serait réparti par moitiés entre parties. Toutefois, les chances de succès des pourparlers ne sont que de 10%. En cas d'échec, les frais en cause laisseraient une valeur résiduelle de 10.

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

Une règle de droit qui imposerait à l'autre partie de prendre en charge ces frais de «*reliance*» en cas d'échec de la négociation aurait pour effet nocif d'inciter le partenaire à engager de tels frais même s'ils risquaient d'être inefficaces. Elle lui donnerait une sorte d'assurance contre la rupture des négociations. Une telle règle pervertirait le processus de rupture: dans des cas où il apparaîtrait clairement que l'intérêt commun serait de mettre fin aux pourparlers à l'amiable, chacune des parties tenterait d'amener l'autre à prendre l'initiative de la rupture, de manière à récupérer ses frais. «The result is likely to be a whole lot of wasteful activities of mutual avoidance and blaming, and dragging of the negotiations»<sup>34</sup>.

WILS ne conclut cependant pas dans le sens d'un total laissez-faire juridique. Il tient également compte d'un critère de «*fairness*», qui le conduit à prendre en considération les situations où des frais ont été engagés à la suite d'une apparence trompeuse provoquée par l'autre partie. Cette apparence est appréciée de manière objective, sans exigence de la preuve d'une quelconque mauvaise foi; elle peut résulter du recours à certains documents préparatoires (tels que lettres d'intention ou autres documents analogues), rédigés de manière à provoquer de fausses attentes. En pareils cas, le droit peut imposer une responsabilité, et obliger à l'indemnisation des frais exposés. En outre, WILS préconise la restitution des avantages reçus en cours de négociation, de manière notamment à encourager certains cas d'exécution anticipée. Mais l'auteur est opposé à tout principe qui sanctionnerait de manière plus générale la rupture des négociations<sup>35</sup>.

L'article de WILS est l'un de plus élaborés, mais il ne suffit évidemment pas à rendre compte de l'ensemble des réflexions portées par les économistes sur la négociation des contrats<sup>36</sup>. Notre seule intention était de donner un exemple caractéristique de l'apport de l'analyse droit-économie à l'évaluation du régime juridique des négociations.

34 Idem, p. 103.

35 Idem, p. 118-121.

36 On renverra notamment aux autres références citées supra note 32.



## B. Obligation d'information

L'approche économique s'intéresse également de près aux obligations que le droit peut imposer de transférer des informations. Le thème est important dans le cadre des négociations, où les juristes ont développé toute la problématique déjà évoquée des obligations précontractuelles de renseignement et de conseil.

Il s'agit aussi d'un thème sensible pour les économistes, car il touche à l'une des conditions du bon fonctionnement du marché, la transparence<sup>37</sup>. Si le problème central de l'économie est celui des choix à opérer entre des ressources rares, l'information joue un rôle crucial car elle est essentielle à la rationalité des choix.

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

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

Les auteurs du mouvement *Law and Economics* introduisent une série de distinctions entre les différents types d'informations selon leur provenance. Ils admettent que certaines informations puissent devoir être transférées, mais des réticences s'expriment lorsqu'il s'agit de données obtenues à la suite d'investissements coûteux, qu'il ne convient pas de décourager.

Voici deux exemples éclairants.

1. Pendant la guerre de 1812 entre l'Angleterre et les Etats-Unis, les Anglais soumettaient la Nouvelle-Orléans à un blocus qui avait fait s'effondrer le prix du tabac. Organ, marchand de tabac, apprend par hasard que le Traité de Gand vient de mettre fin à la guerre. Il s'empresse d'acheter un stock de tabac à bas prix à Laidlow, non informé de la fin du conflit. La nouvelle se répand le lendemain, et Laidlow cite Organ devant les tribunaux.

---

<sup>37</sup> Cf. not. KRONMAN, p. 1-34; COOTER / ULEN, p. 245-250.

Le contrat est annulé, pour des raisons de procédure. La décision attire cependant l'attention par l'opinion du juge Marshall, selon laquelle l'acheteur n'était pas tenu de communiquer l'information qu'il détenait<sup>38</sup>. L'affaire *Laidlow contre Organ* rappelle étonnamment un cas discuté par Cicéron, puis par Pothier. Un marchand de blé arrive à Rhodes avec sa cargaison par temps de disette, sachant qu'il précède une flottille d'autres vaisseaux également chargés de blé. Doit-il révéler l'arrivée prochaine de ses concurrents, ou peut-il tirer avantage de l'ignorance des acheteurs?

Dans le cas du tabac de Louisiane, un auteur estime qu'*Organ* doit révéler la fin de la guerre, puisqu'il s'agit d'une information acquise par hasard, sans investissement préalable (sauf à démontrer qu'*Organ* avait patiemment mis en place un réseau d'informateurs commerciaux)<sup>39</sup>. D'autres aboutissent à la même solution, considérant qu'il s'agit de connaissances relatives à des faits «redistributifs», aptes seulement à donner un avantage dans la négociation, sans créer de richesses nouvelles. Si *Organ* garde son information confidentielle, cela ne va pas en soi provoquer une reprise de la production de tabac, puisque la nouvelle de la paix sera de toute façon connue dans un très proche avenir<sup>40</sup>.

Voici donc un cas où, par deux approches différentes, l'analyse économique du droit préconise l'imposition d'une obligation d'information, sur base de justifications économiques.

2. Dans un autre cas, la conclusion sera contraire. L'information en cause est considérée comme le résultat d'un investissement préalable. Il ne s'indique donc pas de frustrer son détenteur de l'avantage qu'il détient.

Ce cas est celui de l'expert en violons qui découvre un *Stradivarius* vendu d'occasion pour une croûte de pain.

Un auteur estime ici que l'acheteur ne doit rien révéler. Il reçoit ainsi la récompense de l'investissement qui a fait de lui un spécialiste en violons.

En outre, il est préférable que le *Stradivarius* arrive entre les mains d'un connaisseur plutôt que rester entre celles d'un ignorant<sup>41</sup>.

Ces deux exemples significatifs montrent que l'analyse économique du droit est nuancée quant à l'obligation d'information. Elle ne l'écarte pas nécessairement, elle la préconise même dans certains cas. Le principe est cependant qu'une information acquise au prix d'un investissement coûteux, et économiquement productif, mérite d'être protégée.

Dans nos systèmes juridiques, les problèmes qui viennent d'être évoqués relevaient traditionnellement de l'erreur, ou du dol et de la réticence dolosive.

38 *Laidlow vs. Organ* (1815).

39 Cf. KRONMAN, p. 15-16.

40 Cf. COOTER / ULEN, p. 246-247.

41 Cf. KRONMAN, p. 29-30.

Plus récemment, l'obligation d'information, voire le devoir de conseil, ont pris un développement autonome remarqué. Les deux moteurs de cette évolution sont le principe de l'exécution de bonne foi et le souci de protéger la partie faible dans les rapports contractuels. La tendance de notre droit est certainement favorable à la correction des asymétries entre cocontractants, donc au transfert d'information.

Certes, les aspects économiques ne sont pas absolument absents de nos discussions relatives aux transferts d'informations<sup>42</sup>. Toutefois, la philosophie de nos systèmes juridiques répugne aux interprétations purement économiques, détachées de toutes considérations morales.

Reprenons le cas de la vente de blé aux citoyens de Rhodes dans la disette (réflexions transposables à la vente de tabac à la Nouvelle-Orléans sous le blocus). Pothier n'ignore pas les arguments qui pourraient justifier le silence du vendeur. Il relève que pour certains, ce serait «la juste récompense de la diligence qu'il a faite pour arriver le premier»; on croirait presque ce texte traduit de l'américain... Néanmoins, Pothier conclut en condamnant ce marchand, pour des raisons d'équité: le vendeur savait que son prix était surfait<sup>43</sup>.

L'esprit qui domine bien des réflexions des juristes de *civil law* s'exprime dans les deux citations par lesquelles nous allons conclure cette section:

- «Il faut espérer que ne choisissent pas seulement d'être vendeurs de blé les personnes désirant faire un profit substantiel en arrivant dans des contrées souffrant de disette avant que celle-ci ne prenne fin»<sup>44</sup>.
- «...d'une façon générale, les profits retirés d'une profession, exercée avec compétence et loyauté, suffisent à justifier l'investissement représenté par l'acquisition des connaissances nécessaires à son exercice» (nous soulignons)<sup>45</sup>.

### C. Portée juridique de l'offre de contracter

Les divergences que révèle le droit comparé quant au caractère révocable ou irrévocable d'une offre de contracter ont été rappelées plus haut.

Le mouvement *Law and Economics* s'intéresse au problème, mais il pose au départ une question plus fondamentale: ne devrait-on pas réserver la force obligatoire aux contrats conclus sur base d'un échange simultané de

<sup>42</sup> On évoquera le régime de protection des inventions: le droit des brevets reconnaît la nécessité de récompenser les investissements en recherche. En droit des contrats, des considérations économiques sont parfois avancées par les adversaires du développement de l'obligation d'information: on évoque le coût du transfert, qui ne manquera pas de se répercuter sur le prix du produit ou du service (des notices explicatives détaillées sont chères à établir et à diffuser).

<sup>43</sup> POTHIER, n° 241.

<sup>44</sup> Cf. FABRE-MAGNAN, p. 94.

<sup>45</sup> Cf. GHESTIN, p. 177.

consentements? Pareille force obligatoire ne devrait-elle pas être déniée au contrat lorsque les échanges de consentement sont décalés dans le temps?

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

La simultanéité de l'offre et de l'acceptation assure au mieux la réalité d'un intérêt commun: la transaction se réalise au moment même du jugement de valeur porté par chacun<sup>46</sup>.

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

Deux principaux arguments sont invoqués en faveur de l'irrévocabilité. Ici également, nous choisissons un exemple caractéristique pour les présenter<sup>47</sup>, en renvoyant pour le surplus à d'autres études de base<sup>48</sup>.

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

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

Un autre avantage de l'irrévocabilité est qu'elle permet d'éviter une forme de «*hold up*». L'amateur bernois arrive à Genève, cette fois pour s'entendre dire que le mobilier offert pour 10'000 frs. coûte désormais 11'500 frs. Or le Bernois est venu à Genève parce que le même mobilier coûte 12'000 frs. à Berne et qu'il a pu louer la camionnette pour 1'000 frs. Si l'offre était juridiquement révoquée, le Bernois achèterait malgré tout à Genève...

46 Cf. DE GEEST, p. 147-148.

47 Adapté de idem, p. 148-151.

48 Cf. not. KATZ (1990), p. 215-295; GRASWELL, p. 481-553; KATZ (1996), p. 1249-1309.

Donner à l'offre un caractère contraignant fait obstacle à de tels comportements opportunistes.

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

Les justifications traditionnellement données par les juristes eux-mêmes ne sont d'ailleurs pas exemptes de considérations économiques. Citons ZWEIGERT et KÖTZ, à propos du droit allemand, pour lequel l'offre est irrévocable:

«(...) the German system is superior. Experience shows that its results are practical and equitable; the offeree can act with assurance in the knowledge that his acceptance will bring about a contract. It also makes sense to put the risk of any changes in supplies and prices on the offeror: it is he who takes the initiative (...), so it must be for him to exclude or limit the binding nature of his offer, failing which it is only fair to hold him bound».<sup>49</sup>

On aura cependant noté au passage deux références à l'équité («*equitable*», «*fair*»), caractéristiques de la répugnance de la *civil law* à ne se fonder que sur des critères d'efficacité.

## VI. APPROCHE PSYCHOLOGIQUE DU DROIT

Si l'approche économique est sans conteste l'un des courants les plus développés de la pensée contemporaine relative au droit, un autre de ces courants est celui de l'approche *relationnelle*, qui jette sur certains contrats un regard attentif à la psychologie des contractants et à la sociologie des rapports qu'ils nouent entre eux<sup>50</sup>.

La constatation de départ est que la conclusion et l'exécution d'un contrat ne sont pas que des phénomènes juridiques. Le contrat conduit souvent à la naissance d'une relation personnelle entre les parties, régie par des normes de comportement qui l'emportent souvent sur les aspects juridiques de leur rencontre.

Tel n'est pas le cas dans les contrats conclus de manière isolée avec un cocontractant occasionnel (par exemple, au cours d'un voyage, je m'arrête dix minutes à une station d'essence pour faire le plein de carburant; je n'avais aucune relation préalable avec l'exploitant et je n'en aurai sans doute plus d'autre dans l'avenir).

<sup>49</sup> Cf. ZWEIGERT / KÖTZ, p. 363.

<sup>50</sup> Sur cette approche du phénomène contractuel, cf. notamment MACNEIL, p. 691-816; GOETZ / SCOTT, p. 1089-1150; NASSAR; OECHSLER, p. 91-124; EISENBERG, p. 1743-1814.

Par contre, dès que le contrat commence à s'inscrire dans la durée, la relation s'établit, et elle tend à devenir prépondérante au fur et à mesure qu'elle se prolonge dans le temps. La théorie des contrats «relationnels» rejoint ainsi les réflexions qui se sont développées ces dernières années sur les contrats à long terme. Les particularités de ces contrats ont été mises en évidence, de la phase des négociations à la période «post-contractuelle», en passant par les inévitables modalités de comblement des lacunes et d'adaptation au changement des circonstances. L'approche relationnelle met en évidence qu'en pareil contexte, les comportements sont dominés par les aspects psychologiques et sociologiques des relations entre parties, bien plus que par les stipulations contractuelles<sup>51</sup>.

Une autre dimension de l'approche psychologique du droit apprécie l'efficacité probable des règles juridiques à la mesure de leur coïncidence avec la psychologie des justiciables. L'hypothèse de départ est qu'une règle juridique correspondant aux attentes psychologiques a plus de chances de bien fonctionner qu'une autre. Ainsi, le transfert de propriété *solo consensu* connu notamment des droits français et belge donne-t-il lieu à bien des méprises, car le commun des mortels, même s'il est Belge, n'imagine pas qu'il puisse devenir propriétaire avant que la chose ne lui ait été livrée, ou qu'il n'ait payé le prix.

Nous donnerons quelques exemples du rôle que peut jouer l'approche psychologique dans l'appréciation du régime juridique de la formation du contrat. Les raisonnements sont tantôt liés à l'approche relationnelle, tantôt aux perceptions psychologiques individuelles.

## A. Rupture des négociations

Une responsabilité pour rupture des pourparlers est-elle conforme aux enseignements de l'approche psychologique de la règle de droit? Une étude récente a montré comment les négociateurs pouvaient se sentir de plus en plus «engagés» avec les progrès des pourparlers. Engagement envers eux-mêmes, en premier lieu, en raison de la difficulté croissante de revenir sur les prises de position antérieures. Engagement envers le partenaire, compte tenu du caractère valorisant attaché au respect de la parole donnée. En outre, la théorie des jeux, très présente dans ces analyses, paraît démontrer qu'un jeu coopératif (où les joueurs savent qu'un accord conclu sera respecté) aboutit à un résultat global plus satisfaisant qu'un jeu non coopératif<sup>52</sup>.

Une règle juridique apportant certaines limites à la liberté de rompre ne se présente donc pas en porte-à-faux par rapport aux perceptions psychologiques des intéressés. Combien de fois n'entend-on d'ailleurs pas les

51 Cf. notamment HORN / FONTAINE / MASKOW / SCHMITHOFF; SCOTT, p. 2005-2054; BAIRD, p. 583-596; DE CUYPER / PETER, p. 775-800; FONTAINE (2000a), p. 541-551.

52 Cf. MICHAUX, p. 817-822 et 838-841.

praticiens évoquer un «*point de non-retour*», ce moment où les deux parties en viennent à ressentir intimement que le contrat sera conclu — même s'il ne l'est pas encore selon les règles de droit applicables — et qu'il n'est plus question de se désengager? Une «*relation*» s'est créée entre parties, trop forte pour être dénouée par l'application d'une analyse juridique étroite.

## B. Portée juridique de l'offre de contracter

L'approche psychologique dégage également des éléments favorables à la solution de l'irrévocabilité de l'offre. On a pu montrer comment l'émission d'une offre, acte librement posé, comporte pour son auteur une haute teneur en engagement. L'offrant ne peut, sans se désavouer, revenir sur son offre. Il ne s'agit pas tant d'un sentiment d'obligation envers le destinataire de l'offre que d'une nécessité d'auto-justification. Chacun souhaite donner à autrui «l'image de quelqu'un de cohérent»<sup>53</sup>. Si l'on admet l'hypothèse qu'une règle de droit est plus efficace lorsqu'elle correspond aux attentes psychologiques du justiciable, l'irrévocabilité de l'offre surprendra moins les offrants que la règle inverse.

## C. Moment de la conclusion du contrat

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

Cette approche rejoint les dispositions novatrices, déjà citées, des Principes d'UNIDROIT (art. 2.1) et des Principes de droit européen des contrats (art. 2.211). Ces textes reconnaissent qu'un contrat peut se former autrement que par la rencontre d'une offre et d'une acceptation, à savoir par un comportement des parties révélateur de leur accord<sup>54</sup>.

## D. Délai de réflexion, droit de repentir

L'essor des techniques parallèles du délai de réflexion et du droit de repentir a été décrit. Le contrat n'est pleinement conclu que s'il n'a pas été dénoncé

<sup>53</sup> Idem, p. 822-823.

<sup>54</sup> Pour un essai d'élaboration, cf. FONTAINE (2000b), p. 115-133.

dans un certain délai; ou encore, il est considéré comme conclu, mais il est possible de s'en dégager unilatéralement pendant un certain temps.

La coexistence de deux procédés, droit de réflexion et délai de repentir, se justifie-t-elle? Quelle est leur efficacité respective? Sur ces plans, des études de leur application effective sur le terrain seraient certainement utiles. Mais intéressante est encore la contribution de l'approche psychologique du droit. Un auteur a montré les obstacles mentaux à la remise en cause d'un engagement assumé. «Le contractant se voit lancé dans le phénomène contractuel comme dans un long processus dont il ne peut remonter le cours, cela lui fût-il défavorable. L'autorisation de revenir sur sa parole n'y change pas grand-chose»<sup>55</sup>. La technique du délai de réflexion paraît à cet égard plus efficace que celle du droit de repentir, car elle est de nature à créer un sentiment d'engagement moins intense pendant le délai d'attente; l'auteur préconise en ce sens le recours à une exigence de confirmation pour que le contrat soit conclu au terme du délai de réflexion<sup>56</sup>.

### E. Portée du formalisme contractuel

Autant peut être dit des nombreuses manifestations de la résurgence du *formalisme*, bien apparente dans les développements contemporains du droit protecteur de la partie faible<sup>57</sup>.

Ici également, l'approche psychologique du droit s'avère éclairante. Chacun sait qu'un non-juriste, ignorant ce que peut signifier le principe du consensualisme, ne s'estime en général lié par un contrat que lorsqu'il a signé un document. Une étude confirme que «le respect d'un certain formalisme coïncide bien davantage avec la psychologie des contractants»<sup>58</sup>. Cette constatation ne débouche sans doute pas sur une remise en cause fondamentale du principe du consensualisme, trop essentiel pour le bon fonctionnement de l'économie de marché, mais sur une meilleure appréhension du bien-fondé de certains retours au formalisme.

---

55 Cf. MICHAUX, p. 826.

56 Idem, p. 826-827.

57 Cf. BRASSEUR, p. 661-670.

58 Cf. MICHAUX, p. 824.



## CONCLUSIONS

Les nombreux développements récents du mouvement d'harmonisation du droit des contrats s'accompagnent d'un impressionnant essor des études comparatives. Le processus dynamique de formation de l'accord est à présent bien connu dans ses dimensions de droit comparé. Les principaux points de convergence et de divergence entre les différents systèmes juridiques ont été mis en évidence.

Ces recherches comparatives, toutefois, restent très largement basées sur l'analyse des règles de droit commun. Le présent rapport a voulu mettre en évidence que bien d'autres développements doivent être intégrés afin de dégager une vue globale du phénomène.

Ainsi, en ce qui concerne la période des négociations, le droit commun se préoccupe essentiellement du point de savoir si certains comportements doivent être sanctionnés au cours de cette phase précédant le contrat.

En soi, ce premier débat peut déjà bénéficier de certains apports des analyses tant économique que psychologique. Mais surtout, d'autres éléments doivent venir enrichir le contenu des aspects juridiques de la négociation. D'une part, l'observation de la pratique révèle la fréquence et l'importance de divers types d'accords précontractuels qu'ignorait la théorie classique. D'autre part, le souci de protéger la partie faible entraîne la prolifération d'obligations d'information (sur lesquelles l'analyse économique jette des regards souvent critiques).

Le processus classique de la rencontre de l'offre et de l'acceptation est également enrichi par des apports nouveaux. Les approches interdisciplinaires droit-économie et droit-psychologie fournissent l'une et l'autre des arguments favorables à l'irrévocabilité de l'offre. Le droit de la consommation intervient souvent pour modaliser le processus en vue de protéger la partie faible. Dans la pratique contractuelle, il est fréquent que l'acceptation soit suivie d'une étape supplémentaire, la confirmation. Le processus de formation du contrat tend à devenir plus élaboré dans le commerce électronique, avec des acceptations en plusieurs étapes et des accusés de réception.

Le contrat se forme-t-il toujours par l'acceptation d'une offre? Ce mode classique de conclusion conserve sa pertinence dans bien des cas, mais il n'est plus le seul à être reconnu. Les praticiens ont souvent bien de la peine à localiser une offre et une acceptation dans le processus de la négociation, mais ils disent sentir qu'à un certain moment, un «point de non-retour» est atteint, approche conforme aux enseignements des psychologues. Les Principes d'UNIDROIT et d'autres instruments récents n'hésitent pas à consacrer pareil mode alternatif de conclusion des contrats.

Le droit de la conclusion du contrat est par ailleurs affecté de manière sensible par le recours de plus en plus répandu, à travers la réglementation

protectrice de la partie faible, aux mécanismes du droit de repentir et du délai de réflexion.

Enfin, le principe du consensualisme, l'un des piliers du droit moderne de la formation des contrats, doit souvent céder devant le renouveau du formalisme en droit de la consommation. Ce formalisme connaît des manifestations originales, et l'analyse psychologique lui apporte des justifications.

Envisagé «dans tous ses états», le processus dynamique de formation des contrats s'avère considérablement plus riche que les analyses qui lui étaient traditionnellement consacrées. Ces ouvertures sont intéressantes du point de vue de la théorie juridique; elles apportent des matériaux utiles à la poursuite des travaux d'harmonisation.

**BIBLIOGRAPHIE*****Monographies***

- COOTER R. / ULEN T., *Law and Economics*, 2<sup>e</sup> éd., New York (Addison-Wesley) 1996
- DE GEEST G., *Economische analyse van het contracten- en quasi-contractenrecht*, Anvers (Maklu) 1994
- FABRE-MAGNAN M., *De l'obligation d'information dans les contrats*, Paris (LGDJ) 1992
- FONTAINE M. (dir.), *Le processus de formation du contrat – Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, Bruxelles (Bruylant) et Paris (LGDJ) 2002
- FONTAINE M. / DE LY F., *Droit des contrats internationaux. Analyse et rédaction de clauses*, 2<sup>e</sup> éd., 715 p., Bruxelles (Bruylant) et Paris (F.E.C.) 2003
- HORN N. / FONTAINE M. / MASKOW D. / SCHMITHOFF C. M., *Die Anpassung langfristiger Verträge – Vertragsklauseln und Schiedspraxis*, Frankfurt (Metzner) 1984
- NASSAR N., *Sanctity of Contracts Revisited – A Study in the Theory and Practice of Long-Term International Commercial Transactions*, Leiden (Martinus Nijhoff) 1995
- POTHIER R.-J., *Traité du contrat de vente*, Orléans/Paris 1762
- SCHLESINGER R. B. (dir.), *Formation of Contracts – A Study of the Common Core of Legal Systems*, Dobbs Ferry (Oceana Publications) 1968
- ZWEIGERT K. / KÖTZ H., *An Introduction to Comparative Law*, 3<sup>e</sup> éd., Oxford (Oxford University Press) 1998

***Articles***

- BAIRD D. G., «Self-Interest and Cooperation in Long-Term Contracts», 19 *The Journal of Legal Studies*, Chicago (1990), p. 583-596
- BRASSEUR P., «Le formalisme dans la formation des contrats – Approches de droit comparé», in *Le processus de formation du contrat – Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, Bruxelles (Bruylant) et Paris (LGDJ) 2002, p. 605-691
- CRASWELL R., «Offer, Acceptance and Efficient Reliance», 48 *Stanford Law Rev.*, Stanford (1996), p. 481-553

- DE CONINCK B., «L'obligation d'information du consommateur dans la formation du contrat», *Ann. Dr. Louvain*, Louvain 1997, p. 239-296
- DE CONINCK B., «Le droit commun de la rupture des négociations pré-contractuelles», in *Le processus de formation du contrat – Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, Bruxelles (Bruylant) et Paris (LGDJ) 2002, p. 17-137
- DE CUYPER J. Q./ PETER W., «Renegotiation of Long Term International Agreements and Flexibility», *Rev. Dr. Aff. Int.*, Paris 1995, p. 775-800
- DELFORGE C., «La formation des contrats sous un angle dynamique – Réflexions comparatives», in *Le processus de formation du contrat – Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, Bruxelles (Bruylant) et Paris (LGDJ) 2002, p. 139-478
- DEMOULIN M. / MONTERO E., «La conclusion des contrats par voie électronique», in *Le processus de formation du contrat – Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, Bruxelles (Bruylant) et Paris (LGDJ) 2002, p. 693-788
- EISENBERG M. A., «The Emergence of Dynamic Contract Law», 88 *Cal. Law Rev.*, Berkeley (2000), p. 1743-1814
- FONTAINE M., «Bonne foi, contrats de longue durée, contrats relationnels», in *Liber amicorum Walter van Gerven*, Deurne (Kluwer) 2000, p. 541-551 (cité: 2000a)
- FONTAINE M., «Offre et acceptation, approche dépassée du processus de formation des contrats?», in *Mélanges offerts à Pierre van Ommeslaghe*, Bruxelles (Bruylant) 2000, p. 115-133 (cité: 2000b)
- GHESTIN J., «L'obligation précontractuelle de renseignements en droit français», in D. Tallon et D. Harris (dir.), *Le contrat aujourd'hui: comparaisons franco-anglaises*, Paris (LGDJ) 1987, p. 171-184
- GOETZ Ch. J. / SCOTT R. E., «Principles of Relational Contracts», 67 *Virginia Law Rev.*, Charlottesville (1981), p. 1089-1150
- HIRSCH L., «Les critères de la conclusion du contrat», in *De lege ferenda, Etudes pour le professeur Alain Hirsch*, Genève 2004, p. 333-340
- KATZ A., «The Strategic Structure of Offer and Acceptance: Game Theory and the Law of Contract Formation», 89 *Mich. Law Rev.*, Ann Arbor (1990), p. 215-295
- KATZ A., «When Should an Offer Stick? The Economics of Promissory Estoppel in Preliminary Negotiations», 105 *Yale Law Journ.*, New Haven (1996), p. 1249-1309

- KRONMAN A. T., «Mistake, Disclosure, Information and the Law of Contracts», 7 *The Journ. of Leg. Studies*, Chicago (1978), p. 1-34
- KULLMANN J., «Les relations entre assureurs et assurés en droit français», in M. Fontaine et J. Ghestin (dir.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, Paris (LGDJ) 1996, p. 349-388
- MACNEIL I. R., «The Many Futures of Contracts», 47 *Southern Calif. Law Rev.*, Los Angeles (1974), p. 691-816
- MICHAUX S., «La formation du contrat: pour un rapprochement entre psychologie et droit», in *Le processus de formation du contrat – Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, Bruxelles (Bruylant) et Paris (LGDJ) 2002, p. 789-847
- OECHSLER J., «Wille und Vertrauen im privaten Austauschvertrag – Die Rezeption des Theorie des Relational Contract im deutschen Vertragsrecht in rechtsvergleichender Kritik», *RabelsZ. für ausl. und intern. Privatrecht*, Tübingen 1996, p. 91-124
- SCOTT R. E., «Conflict and Cooperation in Long-Term Contracts», 75 *Calif. Law Review*, Berkeley (1987), p. 2005-2054
- SHELL G. R., «Opportunism and Trust in the Negotiation of Commercial Contracts: Towards a New Cause of Action», 44 *Vanderb. Law Rev.*, Nashville (1991), p. 221-282
- TRIGAUX J. M., «L'incidence de plusieurs législations récentes sur le droit commun des obligations en matière de formation des contrats», *Ann. Dr. Louvain*, Louvain 1997, p. 214-231
- VANDENHOUTEN L., «Délai de réflexion, droit de repentir», in *Le processus de formation du contrat – Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, Bruxelles (Bruylant) et Paris (LGDJ) 2002, p. 554-604
- VIRASSAMY G., «Les relations entre professionnels en droit français», in M. Fontaine et J. Ghestin (dir.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, Paris (LGDJ) 1996, p. 479-511
- WILS W. P. J., «Who Should Bear the Costs of Failed Negotiations? A Functional Inquiry into Precontractual Liability», 4 *Journ. des Econ. et des Etudes Hum.*, Paris, 1993, p. 93-134
-