

LA BATAILLE DES CONDITIONS GÉNÉRALES CONTRADICTOIRES : ÉTUDE COMPARATIVE

Valerio FORTI*

Cet article étudie l'hypothèse de l'emploi multilatéral de conditions générales contractuelles en contradiction entre elles. Le conflit qui en résulte est métaphoriquement baptisé « *battle of the forms* », bataille des conditions générales. En cas de dissonance des consentements, le problème qui surgit est double en ce qu'il concerne l'*an* et le *quomodo* de l'accord : l'investigation cherche alors à savoir d'une part si le contrat est venu à l'existence, et d'autre part quel est son contenu. Afin de connaître le vainqueur de la bataille qui verra ses conditions générales intégrées au contenu du contrat, l'auteur passe en revue les différentes solutions dégagées aux niveaux législatif, jurisprudentiel et doctrinal, notamment les règles du dernier tir, du premier tir, de l'élimination des clauses contradictoires, et du tir raisonnable. Pour ce faire, il mène une comparaison en la matière en s'appuyant tant sur certains ordres juridiques nationaux (italien, anglais, néerlandais, allemand, français, américain) que sur des sources supranationales du droit (la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, les Principes d'Unidroit et les Principes du droit européen du contrat).

This article studies the assumption of the multilateral use of contractual standard terms in contradiction between them. The conflict which results from it is metaphorically called "Battle of the forms". In the event of dissonance of the assents, the problem which emerges is double: the investigation seeks to know, on the one hand, if the contract came to the existence and, on the other hand, which is its contents. In order to know the winner of the battle who will see his standard terms integrated into the contractual contents, the author reviews the various solutions released on the legislative, jurisprudential and doctrinal levels, namely the last shot, the first shot, the knock out, and the reasonable shot rules. With this intention, he carries out a comparison concerning as well different national law systems (Italy, England, Netherlands, Germany, France, United-States) as

* Allocataire-moniteur à l'Université de Poitiers, Équipe de recherche en droit privé (EA 1230) et doctorant à l'Università degli studi Roma Tre, Dipartimento di diritto dell'economia ed analisi economica delle istituzioni.

some supranational law sources (the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, the Unidroit Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law).

1. Lorsqu'il est question de conditions générales de contrat, l'esprit se dirige aussitôt vers le contrat d'adhésion. On assiste pourtant, de plus en plus, à des négociations dans lesquelles l'adoption de clauses standardisées est un phénomène non pas unilatéral, mais plurilatéral. S'il ne s'agit pas de contrats dits *business to consumer*, entre un professionnel et un consommateur, mais plutôt de contrats dits *business to business*, entre professionnels¹, la question des conditions générales doit être appréhendée sous une lumière différente, une lumière sous laquelle la protection de l'adhérent contre les abus de l'offrant ne constituerait pas l'essentiel de la problématique. Dans une société caractérisée par la mondialisation des marchés et par une extrême rapidité des échanges, la négociation des contrats commerciaux se concentre uniquement sur les *essentialia negotii*. Prenons l'exemple de la vente. Seules l'individualisation de l'objet du contrat, à savoir la quantité et la typologie de la marchandise, ainsi que certaines variables essentielles, telles le prix ou les modalités de livraison ou de paiement, seront, probablement, débattues. Pour le reste, on s'en remettra aux imprimés annexes². Les entrepreneurs prévoient les conditions générales de contrat dans le but de répondre à deux exigences : organiser les activités d'une façon homogène, plus efficace d'un point de vue économique ; substituer aux dispositions supplétives de loi des stipulations favorables à leurs propres intérêts. Il transparaît assez clairement que l'utilisation multilatérale de conditions générales fait courir un risque très élevé de contradiction : chacune des parties déterminera le contenu du contrat de manière à ce qu'il soit à son avantage et, par conséquent, au désavantage de son cocontractant. Le conflit qui en résultera est métaphoriquement baptisé « *battle of the forms* », bataille des conditions générales.

2. Dans la pratique, à bien y regarder, cette bataille ne voit pas fréquemment le jour, ou plus exactement, elle reste bien souvent dans l'ombre. En général, en cas de contrat négocié sur la base de conditions générales contradictoires, on constate que les parties qui l'ont conclu – ou qui croient l'avoir conclu – l'exécutent néanmoins soit parce qu'elles n'ont pas conscience des dissonances, soit puisque, même en connaissance de

¹ Cf. V. ZENO-ZENCOVICH, « Il diritto europeo dei contratti (verso la distinzione fra "contratti commerciali" e "contratti dei consumatori") », *Giur. it.* 1993, p. 57 et s.

² F. BORTOLOTTI, *Manuale di diritto commerciale internazionale. Diritto dei contratti internazionali*, vol. I, 2^{ème} éd., CEDAM, 2001, p. 180.

cause, elles considèrent plus utile, dans leur intérêt commun, que le contrat soit exécuté. Il y a alors acceptation, expresse ou tacite, des conditions de l'autre partie : la bataille est déclenchée. À ce stade, un double niveau de consensus se crée, échappant aux analyses traditionnelles. On n'a assurément pas affaire à un contrat d'adhésion, mais ce conflit de clauses n'entre pas non plus entièrement dans le paradigme de la négociation individuelle³. Outre certaines sources supranationales du droit, chaque ordre juridique national dispose d'un régime *ad hoc* qui règle, parmi les exceptions au principe de l'autonomie de la volonté, les cas dans lesquels le contrat est déterminé par les conditions générales posées par l'une des parties et par la simple acceptation de l'autre⁴. Malgré cela, le consentement que la personne donne aux contrats relatifs à sa vie professionnelle est « généralement présenté de manière rapide, comme ne suscitant pas de véritables difficultés en comparaison de celui bien plus délicat du consommateur »⁵. C'est pourquoi aucun ordre juridique n'a encore trouvé d'emplacement théorique définitif et satisfaisant pour l'hypothèse inévitable où un conflit se manifesterait entre des parties ayant employé des conditions générales de contrat contradictoires.

3. Du côté français, la lacune est frappante. Aucun dispositif légal n'est venu régir les problèmes de conditions générales divergentes, mais la France ne fait pas exception : ce constat vaut pour un grand nombre de pays. Cependant, si l'on compare la production doctrinale française aux études étrangères, l'écart est très net. Il est difficile de trouver des recherches expressément consacrées à la question ; des réflexions sont parfois intégrées dans une étude plus vaste, mais la longueur de ces réflexions, même si elles constituent approximativement la moitié de la littérature juridique à ce sujet, reste mince⁶. L'autre moitié de la production scientifique – dans laquelle

³ Pour cette reconstruction v. E. FERRANTE, « La battle of forms nella Convenzione di Vienna: una recente decisione del Tribunale federale tedesco », *Contr. e impr./Eur.* 2003, p. 486. Plus en général à ce sujet, v. M. FONTAINE, « Offre et acceptation, approche dépassée du processus de formation des contrats », in *Mélanges offerts à P. Van Ommeslaghe*, Bruylant, 2000, pp. 115-133.

⁴ De la même manière, les études doctrinales sur les conditions générales de contrat ont généralement pour objet la protection de la partie non professionnelle qui donne son acceptation : v., notamment, G. GORLA, *Condizioni generali di contratto e contratti conclusi mediante formulari nel diritto italiano*, Vallardi, 1963. – E. ROPPO, *Le condizioni generali di contratto tra "norma" e "negozio"*, Il Mulino, 1974. – G. BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, 2^{ème} éd., LGDJ, 1976. – J. GHESTIN, *La formation du contrat*, in J. GHESTIN (dir.), *Traité de droit civil*, 3^{ème} éd., LGDJ, 1993, n^{os} 94-98.

⁵ J. MESTRE, « Le consentement du professionnel contractant dans la jurisprudence contemporaine », in *Mélanges en hommage à A. Breton et F. Derrida*, Dalloz, 1991, p. 249.

⁶ On trouve généralement environ deux pages, mais parfois on peut en lire jusqu'à six : P. MALINVERNI, *Les conditions générales de vente et les contrats-types des chambres syndicales*, LGDJ, 1978, pp. 96-97. – A. CROSIO, *Le contrat de vente en droit commercial*, LGDJ, 1989, pp. 154-155. – M. et J.-M. MOUSSERON, *Le droit français nouveau de la transparence tarifaire*,

s'inscrit cette étude – est composée par des travaux qui portent sur les droits étrangers, comparé ou européen⁷. En l'absence d'une base théorique, la jurisprudence de son côté ignore, ou se conduit comme si elle ignorait, la problématique de la *battle of the forms*. Les tribunaux ont été amenés à plusieurs reprises à résoudre des hypothèses de conflits entre des conditions générales spécifiques⁸, mais ils n'ont guère reconnu la spécificité de la question ni dégagé de principe général pour la régler. En bref, certains cas de bataille des conditions générales ne sont pas ramenés à cette notion : on les ignore. Quand des travaux étrangers mettent le doigt sur cette problématique, aucune théorisation n'est menée pour le droit français ; partant des études françaises qui systématiseraient le sujet font défaut.

4. Pour illustrer le fait que des instruments de réflexion communs manquent dans la dogmatique française, nous procéderons à une démonstration indirecte qui a le bénéfice de la simplicité. Nous constaterons que le vocabulaire employé pour renvoyer aux mêmes phénomènes et concepts est, à la différence des dogmatiques étrangères, très, voire trop, hétérogène. En premier lieu, la problématique peut être celle du « conflit »⁹, de la « confrontation »¹⁰, de la « contradiction »¹¹, de la « discordance »¹²,

Litec, 1993, pp. 67-68. – F. DELBARRE – Ch. LAVABRE, « La confrontation conditions générales de vente conditions générales d'achat », *RJDA* 1994, n° 5, p. 382. – F. LABARTHE, *La notion de document contractuel*, LGDJ, 1994, pp. 29-34. – J.-M. MOUSSERON, *Technique contractuelle*, 2^{ème} éd., Francis Lefebvre, 1999, pp. 150-151. – F. LIMBACH, *Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales. De l'utilité du concept de déclaration de volonté*, LGDJ, 2004, pp. 281-286.

⁷ M.R. WILL, « Conflits entre conditions générales de vente », in *Les Ventes internationales de marchandises*, *Economica*, 1981, pp. 99-109. – D. BEN ABDERRAHMANE, *Le droit allemand des conditions générales des contrats dans les ventes commerciales franco-allemandes*, LGDJ, 1985, pp. 87-97. – C. PRIETO, « Formation », in C. PRIETO (dir.), *Regards croisés sur les Principes du droit européen du contrat et sur le droit français*, PUAM, 2003, pp. 206-207. – P. REMY-CORLAY, « L'existence du consentement », in P. REMY-CORLAY – D. FENOUILLET (dir.), *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, Dalloz, 2003, pp. 49-51.

⁸ Cf. Cass. req., 5 févr. 1934 : *Gaz. Pal.* 1934, I, p. 638. – CA Angers, 9 janv. 1952 : *D.* 1952, p. 404. – Cass. com., 7 nov. 1956 : *Gaz. Pal.* 1957, I, p. 227 ; *RTD com.* 1957, p. 430. – Trib. com. Lille, 19 nov. 1956 : *D.* 1957, somm. 99. – Cass. 2^{ème} civ., 16 nov. 1961 : *D.* 1962, p. 420 ; *Gaz. Pal.* 1962, I, p. 179. – CA Douai, 20 nov. 1964 : *D.* 1965, p. 506. – Cass. com., 20 nov. 1984 : *Bull. civ.* IV, n° 313. – CA Paris, 25 sept. 1986 : *RJ com.* 1989, n° 1245. – Cass. com., 10 déc. 1991 : *Bull. civ.* IV, n° 384 ; *JCP E* 1992, pan. 233. – Cass. com., 12 juill. 1994 : *Bull. civ.* IV, n° 268. – Cass. com., 25 oct. 1994 : *Bull. civ.* IV, n° 316. – Cass. com., 3 déc. 1996 : *Bull. civ.* IV, n° 299.

⁹ M.R. WILL, « Conflits entre conditions générales de vente », préc., p. 99. – D. BEN ABDERRAHMANE, *Le droit allemand des conditions générales des contrats dans les ventes commerciales franco-allemandes*, préc., p. 87. – P. REMY-CORLAY, « L'existence du consentement », préc., p. 49. – F. LIMBACH, *Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales. De l'utilité du concept de déclaration de volonté*, préc., p. 281.

¹⁰ F. DELBARRE – Ch. LAVABRE, « La confrontation conditions générales de vente conditions générales d'achat », préc., p. 380.

¹¹ J.-M. MOUSSERON, *Technique contractuelle*, préc., p. 150. – C. PRIETO, « Formation », préc., p. 206.

du « *dissentiment* »¹³, de la « *divergence* »¹⁴, ou de l'« *opposition* »¹⁵, entre conditions générales « *contradictaires* »¹⁶, « *contraires* »¹⁷, « *divergentes* »¹⁸ « *inconciliables* »¹⁹, ou encore, « *originales* »²⁰. On donne à ce phénomène juridique le nom de « *bataille d'imprimés* »²¹, « *bataille des conditions générales* »²² « *bataille des formes* »²³, « *lutte* »²⁴ ou « *bataille de clauses contrares* »²⁵. En deuxième lieu, en ce qui concerne les critères existants pour résoudre cette question, quand on ne recourt pas à des paraphrases, les principes auxquels on renvoie sont généralement au nombre de deux : le premier est celui du « *dernier qui tire gagne* »²⁶ ou « *a raison* »²⁷, ou bien la « *théorie du dernier mot* »²⁸ ; le second est le dit principe « *d'annulation mutuelle* »²⁹, le « *principe de l'annulation réciproque* »³⁰, la « *neutralisation*

¹² C. PRIETO, « Formation », préc., p. 206.

¹³ F. LIMBACH, *Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales. De l'utilité du concept de déclaration de volonté*, préc., p. 281.

¹⁴ C. PRIETO, « Formation », préc., p. 206.

¹⁵ D. MAINGUY, note sous Cass. com., 11 juill. 1995 : *JCP* 1996, II, 22583.

¹⁶ G. POCHON, note sous Cass. 2^{ème} civ., 16 nov. 1961 : *D.* 1962, p. 420. – P. MALINVERNI, *Les conditions générales de vente et les contrats-types des chambres syndicales*, préc., p. 96. – M.R. WILL, « Conflits entre conditions générales de vente », préc., p. 99. – M. et J.-M. MOUSSERON, *Le droit français nouveau de la transparence tarifaire*, préc., p. 67. – F. DELBARRE – Ch. LAVABRE, « La confrontation conditions générales de vente conditions générales d'achat », préc., p. 382. – F. LABARTHE, *La notion de document contractuel*, préc., p. 29. – F. LIMBACH, *Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales. De l'utilité du concept de déclaration de volonté*, préc., p. 281.

¹⁷ M. R. WILL, « Conflits entre conditions générales de vente », préc., p. 101. – A. CROSIO, *Le contrat de vente en droit commercial*, préc., p. 154. – F. LABARTHE, *La notion de document contractuel*, préc., p. 29.

¹⁸ M. R. WILL, « Conflits entre conditions générales de vente », préc., p. 99.

¹⁹ J. HEMARD, chron. *RTD com.* 1962, p. 454. – P. MALINVERNI, *Les conditions générales de vente et les contrats-types des chambres syndicales*, préc., p. 96. – F. LABARTHE, *La notion de document contractuel*, préc., p. 29.

²⁰ P. REMY-CORLAY, « L'existence du consentement », préc., p. 50.

²¹ C. PRIETO, « Formation », préc., p. 206.

²² D. BEN ABDERRAHMANE, *Le droit allemand des conditions générales des contrats dans les ventes commerciales franco-allemandes*, préc., p. 88. – D. MAINGUY, note sous Cass. com., 11 juill. 1995, préc.

²³ P. REMY-CORLAY, « L'existence du consentement », préc., p. 49.

²⁴ G. POCHON, note sous Cass. 2^{ème} civ., 16 nov. 1961, préc., p. 420. – M.R. WILL, « Conflits entre conditions générales de vente », préc., p. 103.

²⁵ M. R. WILL, « Conflits entre conditions générales de vente », préc., p. 104.

²⁶ P. REMY-CORLAY, « L'existence du consentement », préc., p. 50.

²⁷ F. LABARTHE, *La notion de document contractuel*, préc., p. 32.

²⁸ M. R. WILL, « Conflits entre conditions générales de vente », préc., p. 100. – D. BEN ABDERRAHMANE, *Le droit allemand des conditions générales des contrats dans les ventes commerciales franco-allemandes*, préc., p. 89. – F. LABARTHE, *La notion de document contractuel*, préc., p. 31. – F. LIMBACH, *Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales. De l'utilité du concept de déclaration de volonté*, préc., p. 282.

²⁹ F. LIMBACH, *Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales. De l'utilité du concept de déclaration de volonté*, préc., p. 282.

³⁰ M. R. WILL, « Conflits entre conditions générales de vente », préc., p. 100.

des dispositions contradictoires »³¹, la « solution du dissentiment partiel »³², ou, enfin, la « théorie du désaccord partiel »³³.

5. Il nous semble dès lors qu'une étude des conditions générales contradictoires puisse aisément se justifier. Il ne reste qu'à argumenter le choix d'une perspective comparative. On a soutenu³⁴ de manière très convaincante que si par « théorie du droit » on entend la métathéorie de la science du droit, la description des ordres juridiques en est par conséquent un élément. Dans cette perspective, le droit comparé remplit une double fonction. Une première fonction explicative, dont le résultat donne vie à une « interprétation conceptuelle différenciée ». Et, une deuxième fonction critique : en décrivant les structures juridiques à l'aide de concepts généraux, la comparaison « élimine les connotations extrajuridiques des énoncés non interprétés et [...] les identifie dans un espace continu de variantes »³⁵. Ainsi, le droit comparé est l'instrument le plus puissant pour décrire le droit national et, en même temps, le plus important catalyseur de questions juridiques³⁶. La perspective comparative que nous adopterons pour étudier l'hypothèse des conditions générales contradictoires s'efforcera de répondre à ces deux fonctions, l'une explicative et l'autre critique.

6. La bataille des conditions générales a, nous l'avons vu, du mal à trouver une place dans la théorie générale du contrat³⁷. Plus précisément, le problème qui surgit en cas de dissonance des consentements est double en ce qu'il concerne l'an et le *quomodo* de l'accord : l'investigation cherche à savoir, d'une part, si le contrat est venu à l'existence et, d'autre part, quel est son contenu. Dans chaque système juridique, la réponse au problème du conflit se pose en relation avec l'abandon du principe de la nécessaire coïncidence entre offre et acceptation³⁸. Ainsi, les différents critères dégagés

³¹ M. et J.-M. MOUSSERON, *Le droit français nouveau de la transparence tarifaire*, préc., p. 68. – F. DELBARRE – Ch. LAVABRE, « La confrontation conditions générales de vente conditions générales d'achat », préc., p. 382, parlent également de « neutralisation ».

³² F. LIMBACH, *Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales. De l'utilité du concept de déclaration de volonté*, préc., p. 283.

³³ M. R. WILL, « Conflits entre conditions générales de vente », préc., p. 100. – F. LABARTHE, *La notion de document contractuel*, préc., p. 32.

³⁴ La thèse à laquelle nous faisons référence est de O. PFERSMANN, « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », *RID comp.* 2001, pp. 275-288, en particulier pp. 285-288.

³⁵ O. PFERSMANN, « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », préc., p. 287.

³⁶ Cf. encore O. PFERSMANN, « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », préc., p. 287.

³⁷ À ce sujet, v. E. SAVAUX, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, LGDJ, 1997. S. MAZZAMUTO (dir.), *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, Giappichelli, 2002.

³⁸ G. DE NOVA, *Le condizioni generali di contratto*, in P. RESCIGNO (dir.), *Trattato di diritto privato*, UTET, 1997, p. 143 ; aujourd'hui également in R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, tome I, 3^{ème} éd., in R. SACCO (dir.), *Trattato di diritto civile*, UTET, 2004, p. 405.

pour connaître le vainqueur de la bataille qui verra ses conditions générales intégrées au contenu contractuel doivent être étudiés en deux temps, selon le champ sur lequel les parties s'affrontent : celui de la nécessaire rencontre des volontés sur l'intégralité du contrat, ou celui de la suffisante rencontre des volontés sur la substance du contrat.

I. LE CHAMP DE LA NÉCESSAIRE RENCONTRE DES VOLONTÉS SUR L'INTEGRALITÉ DU CONTRAT

7. Le contrat se forme suite à un échange de consentements. Il s'agit d'un principe traditionnel du droit commun des pays de *civil law*, qui trouve son homologue dans la *mirror-image rule* pour la *common law*. La portée de ce principe a des conséquences importantes pour la bataille des conditions générales. En effet, dans les pays où l'on en fait une application stricte, la victoire nette et intégrale de l'une des parties est inéluctable : la bataille sera gagnée soit par le dernier soit le premier qui tirera.

A. - La victoire du dernier tireur

8. Dans les ordres juridiques où opère le principe de nécessaire correspondance entre offre et acceptation, l'identification du vainqueur de la bataille entre conditions générales de contrat est, en l'absence de correctifs, généralement confiée à la *last shot rule*, la règle du dernier tir. L'éventuel conflit entre conditions générales est éliminé à la racine au motif que seules les clauses standard de l'acceptant, et non pas celles de l'offrant, contribuent à former le contenu du contrat. D'après la *last shot rule*, le coup fatal est infligé par la partie qui mentionne en dernier l'application de ses propres conditions générales, lesquelles sont acceptées par l'autre. Cette construction présente un double avantage. Elle est non seulement très simple d'application mais elle assure aussi un taux élevé de certitude pour la détermination du contenu contractuel : à tout moment, il sera aisé de connaître les clauses générales qui régissent l'accord.

9. Cette règle n'est pas exclusive à une famille de droits déterminée. Elle gouverne la matière dans certains ordres juridiques de *civil law*, comme l'ordre juridique italien, ainsi que dans certains systèmes de *common law*, comme celui anglais, auxquels s'ajoute la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises.

1. Sur le front italien

10. L'influence allemande sur le *Codice civile* italien de 1942 a été considérable. Elle contribue notamment à expliquer l'innovation de ce dernier par rapport au *Codice civile* de 1865, plus fidèle au modèle français³⁹ ; innovation car il prévoit expressément le principe de coïncidence à l'article 1326, alinéa dernier⁴⁰. Une acceptation non conforme à l'offre vaut nouvelle offre. Plus précisément, selon un principe désormais consolidé en jurisprudence, on retient qu'un contrat peut se considérer conclu seulement lorsque l'on est en présence d'un accord complet entre l'offre et l'acceptation, y compris pour ce qui concerne les clauses accessoires ou secondaires⁴¹. D'ailleurs, au visa de l'article 1327, alinéa 1^{er}, il est possible qu'une offre soit acceptée de par la conduite de l'autre partie qui exécute le contrat. Dans l'hypothèse où, à la suite d'un échange d'offres et d'acceptations non conformes entre elles, l'une des parties décide de donner exécution au contrat, le contenu de ce dernier correspondra aux termes de la contre-offre⁴². Si, au contraire, aucune des parties ne décide d'exécuter le contrat, la convention ne verra jamais le jour et les deux parties pourront se délier sans devoir en payer les conséquences⁴³. Dans le cadre de la bataille des conditions générales contradictoires, cette construction revient à consacrer l'application de la règle du dernier tir.

11. L'accueil de cette approche n'a pas été unanime. Une première critique a porté sur le fait qu'elle n'expliquerait pas comment il est possible de qualifier de « conclusif » un comportement que le sujet a voulu en réalité « exécutif »⁴⁴. Les perplexités ne semblent pas s'évanouir même face à l'article 1341, alinéa 1^{er} du *Codice civile* selon lequel les conditions générales de l'une des parties sont efficaces envers l'autre, si cette dernière, ayant eu une diligence normale, avait dû les connaître. La norme devrait, en

³⁹ Pour une étude critique du principe du consensualisme, v. P.M. VECCHI, *Il principio consensualistico. Radici storiche e realtà applicativa*, Giappichelli, 1999.

⁴⁰ En vérité, en matière de principe de coïncidence entre offre et acceptation, le modèle allemand avait déjà inspiré la rédaction de l'article 37 du *Codice di commercio* italien de 1882.

⁴¹ V. Cass., 7 janv. 1993, n° 77 : *Foro it.* 1993, n° 277. – Cass., 9 févr. 1985, n° 1072, *Foro it.* 1985, n° 128. – Cass., 7 oct. 1981, n° 5261 : *Foro it.* 1981, n° 90 ; *Giust. civ.*, 1982, I, p. 78. – Cass., 28 déc. 1973, n° 3464 : *Foro it.* 1973, n° 104. – Cass., 13 juin 1972, n° 1844 : *Foro it.* 1972, n° 101.

⁴² Cf. Cass., 28 févr. 1985, n° 1738 : *Foro it.* 1985, n° 126. – Cass., 17 févr. 1976, n° 527 : *Foro it.*, n° 97.

⁴³ En ce sens, Cass., 18 févr. 1967, n° 408 : *Foro it.* 1967, n° 89.

⁴⁴ V. E. FERRANTE, « La battle of forms nella Convenzione di Vienna: una recente decisione del Tribunale federale tedesco », préc., p. 495, note 23, lequel adresse sa critique plutôt à la *last shot rule*, qu'à la *mirror-image rule*.

effet, s'appliquer réciproquement aux deux parties, l'acceptant potentiel devenant à son tour offrant⁴⁵.

12. Ensuite, tout en reconnaissant l'application de la règle du *last shot*, une commentatrice⁴⁶ a souligné l'inadéquation du principe de la *mirror-image*. Elle souhaiterait que même dans le système italien, à l'instar du régime américain et de celui de la Convention de Vienne, on puisse imaginer introduire dans l'acceptation, des modifications non essentielles qui ne changeraient pas la substance de l'accord et n'empêcheraient donc pas la formation du contrat. En effet, aujourd'hui, dans les cas de nullité partielle et de conversion du contrat nul, réglés respectivement par les articles 1419 et 1424 du *Codice civile*, la jurisprudence est déjà amenée à apprécier les clauses contractuelles selon une gradation, en distinguant celles qui sont essentielles pour le contenu du contrat de celles qui ne le sont pas. Et ce, afin de déterminer d'une part si la nullité se transmet à tout le contrat et si d'autre part, le contrat nul peut produire les effets d'un contrat diffèrent. *Mutatis mutandis*, il devrait être alors possible de distinguer les clauses principales des clauses secondaires y compris dans l'évaluation de la coïncidence entre offre et acceptation. Dans cette optique, la position traditionnelle, rigide et formaliste, pourrait être dépassée et le principe de coïncidence, moyennant une appréciation *in concreto*, serait modéré par la protection de la croyance légitime des parties en la conclusion valide du contrat⁴⁷.

2. Sur le front anglais

13. Dans le modèle anglais, comme dans le système italien, pour qu'un contrat puisse être considéré valablement conclu, la parfaite coïncidence entre offre et acceptation est nécessaire⁴⁸. Par conséquent, une acceptation dont le contenu n'est pas conforme aux termes de l'offre entraîne le refus de l'offre même, et elle ne peut que constituer une éventuelle nouvelle offre que l'offrant original sera libre d'accepter ou de refuser. Ce principe traditionnel de la *common law* peut s'observer dans d'autres ordres juridiques, notamment dans le système écossais⁴⁹, le système canadien⁵⁰, ou

⁴⁵ Cf. encore E. FERRANTE, « La *battle of forms* nella Convenzione di Vienna: una recente decisione del Tribunale federale tedesco », préc., p. 495, note 23.

⁴⁶ Il s'agit de A. BELLELLI, *Il principio di conformità tra proposta e accettazione*, CEDAM, 1992, p. 151.

⁴⁷ Cf. A.M. MUSY, « Formation of contracts », in L. ANTONIOLLI – A. VENEZIANO (dir.), *Principles of European Contract Law and Italian Law. A commentary*, Kluwer Law International, 2005, pp. 135-136.

⁴⁸ *Tinn v. Hoffman & Co.* : 29 *L.T.* 1873, p. 271.

⁴⁹ En Ecosse, l'opinion majoritaire considère que l'application stricte du principe de la *mirror-image* conduit à résoudre la bataille des conditions générales en appliquant la *last shot rule* : pour

encore dans le système sud-africain⁵¹. Toutefois, dans le but d'en écarter les conséquences pratiques plus déraisonnables, la jurisprudence anglaise a soumis, au fil du temps, la rigidité de cette règle à une opération de rationalisation. Dans un cas traité au cours des années 50⁵², une première limite a été posée à l'application de la *mirror-image rule*. Depuis, les parties qui cherchent à se délier arbitrairement de leurs obligations découlant d'un contrat valablement formé, ne peuvent pas s'appuyer sur une clause en soi insignifiante qui est insérée dans leur offre ou acceptation. Aujourd'hui, les juges anglais reconnaissent au moins trois points de non « réfraction » pour la traditionnelle *mirror-image rule*. D'abord, une clause divergente introduite dans l'acceptation qui se limite à expliciter ce qui serait certainement une conséquence de l'application de la loi n'invalide pas la formation du contrat. Ensuite, une acceptation qui contient de nouvelles clauses, ajoutées unilatéralement en faveur de l'offrant, ne doit pas être qualifiée de nouvelle offre mais plutôt de simple acceptation⁵³. Enfin, la manifestation de désirs ou attentes, ou plus simplement, une demande d'informations supplémentaires, n'implique pas de contradiction entre offre et acceptation si l'acceptant se montre disposé à conclure le contrat, même dans les cas où de telles instances ne sont pas, par la suite, satisfaites par l'offrant⁵⁴.

14. En matière de conflit de clauses générales de contrat, le mécanisme activé par l'interaction entre la *mirror-image rule* et la volonté normale des parties de voir prévaloir leurs propres conditions générales, a poussé la

une analyse critique cf. A.D.M. FORTE, « The Battle of Forms », in H.L. MACQUEEN – R. ZIMMERMANN (dir.), *European Contract Law: Scots and South African Perspectives*, Edinburgh University Press, 2006, p. 109.

⁵⁰ Pour la question juridique en examen, le système canadien s'inspire de la *Common law* anglaise, avec pour conséquence de considérer la *last shot rule* comme effet naturel de la règle de la *mirror-image* : cf. Ch. SUKURS, « Harmonizing the Battle of the Forms: A Comparison of the United States, Canada, and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods », 34 *Vand. J. of Transnat'l L.* 2001, p. 1481 et s.

⁵¹ En Afrique du Sud, l'application stricte de la *mirror-image rule* est interprétée comme une question plus substantielle que formelle. En d'autres termes, une difformité entre l'offre et l'acceptation pourrait être ignorée si elle entre dans la sphère d'application de la maxime *de minimis non curat lex* : R.H. CHRISTIE, *The Law of Contract in South Africa*, 4^{ème} éd., Butterworths, 2001, p. 69. Toutefois, ceci n'exclut pas que la détermination de l'éventuel contenu contractuel soit gouvernée par le principe du *last shot* : en ce sens, S. VAN DER MERWE – L.F. VAN HUYSSTEEN – M.F.B. REINECKE – G. F.LUBBE, *Contract General Principles*, 2^{ème} éd., Juta Law, 2004, p. 57.

⁵² Il s'agit du cas *Nicolene Ltd. v. Simmonds* : 1 *Queen's Bench Division Law Reports* 1953, p. 543.

⁵³ Cf. *Imperial Land Company of Marseilles*, In re (*Harris Case*) : *L.R. 7 Ch. App.* 1872, p. 587.

⁵⁴ *V. Stevenson v. McLean*: 5 *Q.B.D.* 1880, p. 346. Pour une analyse critique de l'évolution jurisprudentielle en la matière, cf. M.H. WHINCUP, *Contract law and practice: the English system and continental comparisons*, Kluwer Law International, 2001.

jurisprudence à induire du comportement conclusif l'effet de considérer le contrat formé, en presumant que le contractant, en donnant exécution au contrat, entendait accepter les conditions générales du cocontractant. On aboutit ainsi aux mêmes effets qui sont produits par l'exécution moyennant un comportement conclusif dans l'ordre juridique italien. En revenant sur la métaphore de la *battle of the forms*, on dit communément que la *mirror-image rule* entraîne la primauté du *last shot* dans la détermination du contenu des clauses contractuelles. Dans cette perspective, le coup fatal s'avère être le dernier, c'est-à-dire celui « tiré » immédiatement avant que l'une des parties, en donnant exécution au contrat, n'en détermine la conclusion⁵⁵.

15. Cette approche traditionnelle a été remise en discussion en 1979 avec le cas *Butler Machine Tool Co. Ltd. v. Ex-Cell-O Corporation Ltd.*⁵⁶. Lord Denning, l'un des juges chargés de l'affaire, affirme que cette vision conduit fréquemment à des résultats erronés, et souligne de ce fait la nécessité de distinguer le problème relatif à la conclusion du contrat de celui concernant le contenu contractuel. Pour ce qui est de la première question, il réclame une analyse globale qui ne se limite pas à la vérification de la coïncidence entre offre et acceptation. Quant au contenu du contrat, il indique trois solutions qui correspondent aux principes du *last shot*, du *first shot* et du *knock out*, à suivre selon les différents cas. Toutefois, en l'espèce, cette lecture était rejetée par les deux autres juges, Lord Lawton et Lord Bridge. La contribution donnée à cette occasion par Lord Denning aurait pu conduire, par la suite, à un assouplissement de la règle de la *mirror-image* dans le cas de *battle of the forms*. Mais il n'en fut rien, les cours anglaises⁵⁷ ne se sont pas détachées de la vision traditionnelle⁵⁸.

3. Sur le front de la Convention de Vienne

16. L'article 19, alinéa 2 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, dite Convention de Vienne, établit, en dérogeant à la *mirror-image rule* prévue à l'alinéa 1^{er},

⁵⁵ Pour l'application stricte de ce raisonnement cf. *Brogden v. Metropolitan Railway Co.* : 2 *App. Cas.* 1877, p. 666. – *British Road Services Ltd. v. Arthur V. Crutchley Ltd.* : 1 *All England Law Reports* 1968, p. 811.

⁵⁶ *Butler Machine Tool Co. Ltd. v. Ex-Cell-O Corporation Ltd.* : 1 *All England Law Reports* 1979, p. 965.

⁵⁷ Le cas *Butler Machine Tool Co. Ltd. v. Ex-Cell-O Corporation Ltd.* a été également mentionné dans les argumentations de deux cas en Ecosse sans pour autant en inspirer la solution : *Roofcare Ltd. v. Gillies* : *SLT* 1873, p. 8, et *Uniroyal Ltd. v. Miller & Co. Ltd.* : *SLT* 1985, p. 101, cités par A.D.M. FORTE, « The Battle of Forms », préc., p. 103 et s.

⁵⁸ *V. O.T.M. Ltd. v. Hydranautics* : 2 *Lloyd's Rep.* 1981, p. 211. – *Zambia Steel & Bldg. Supplies Ltd. v. James Clark & Eaton Ltd.* : 2 *Lloyd's Rep.* 1986, p. 225. – *Muirhead v. Indus. Tank Specialties Ltd.* : *Q.B.* 1986, p. 507.

qu'une réponse qui tend à être l'acceptation d'une offre, mais qui contient des éléments complémentaires ou différents n'altérant pas substantiellement les termes de l'offre, constitue une acceptation, à moins que l'auteur de l'offre, sans retard injustifié, n'en relève verbalement les différences ou n'adresse un avis à cet effet. À défaut, les termes du contrat sont ceux de l'offre, auxquels s'ajoutent les modifications comprises dans l'acceptation. Toutefois, le dernier alinéa de cet article prévoit que les termes de l'offre doivent être considérés altérés « substantiellement » dans les cas où les clauses ajoutées ou divergentes font référence au prix, au paiement, à la quantité et la qualité des biens, au lieu et au terme de la livraison, à la responsabilité des parties et à la résolution des éventuels différends⁵⁹. La liste des éléments dits substantiels est très longue et va jusqu'à couvrir la plupart des aspects traditionnels du contrat. En d'autres termes, dans la Convention de Vienne, quand le premier paragraphe reprend intégralement le principe de conformité entre offre et acceptation, tel que rigoureusement codifié dans plusieurs ordres juridiques de *civil law*, en vigueur dans les pays de *common law* moyennant la *mirror-image rule*, le deuxième paragraphe reflète, lui, les exigences de protéger la croyance légitime des parties en la conclusion valide du contrat, exigences qui visent à favoriser une application nuancée du principe de conformité. Le troisième paragraphe, enfin, vient limiter sensiblement la portée innovante du deuxième. Une solution consisterait à considérer cette règle uniquement comme une présomption non absolue de l'importance de certaines clauses ; les circonstances de l'affaire et les habitudes entre les parties pourraient justifier que certains points cités dans le texte ne soient pas jugés comme substantiels.

17. En trouvant un compromis entre les ordres juridiques qui réclament une application stricte du principe de coïncidence entre offre et acceptation et ceux qui adoptent une position plus nuancée distinguant les conditions essentielles et les conditions secondaires⁶⁰, la Convention de Vienne surmonte le problème de la *battle of the forms* sur le plan de l'existence de la conclusion du contrat pour le cas où les parties n'ont pas entamé l'exécution. En revanche, elle ne résout pas la question du contenu contractuel en cas d'échange de consentements sur des conditions générales contradictoires auquel succède un comportement exécutif des contractants. Si l'article 18, alinéa 3 permet la conclusion d'un contrat sur la base d'un

⁵⁹ C. M. BIANCA – M. J. BONELL, *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*, Giuffrè, 1987, p. 175 et s., expliquent comment ceci a été le résultat d'un « compromis » avec celui qui s'est avéré un des articles les plus controversés dans l'élaboration de la Convention.

⁶⁰ Cf. A. M. GARRO, « Reconciliation of legal traditions in the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods », *International Law* 1989, p. 462.

comportement conclusif, et si l'alinéa premier de l'article 19 qualifie cela de contre-offre, la règle de référence demeure celle du *last shot*⁶¹.

B. - La victoire du premier tireur

18. Une deuxième solution, opposée au principe du dernier tir, consiste à préférer les conditions générales du premier offrant. Ces dernières seulement, contribuent à former le contenu du contrat en excluant définitivement les conditions de l'acceptant, quoique auteur de la nouvelle offre. Le *first shot* tiré s'avère, ainsi, être fatal.

Sur le front néerlandais

19. À ce jour, les Pays-Bas disposent du seul ordre juridique national qui, en Europe, a réglé la *battle of the forms*. La solution pour laquelle ils ont opté est la *first shot rule*, qui figure à l'article 6:225 du *Nieuw Burgerlijk Wetboek* – le nouveau Code civil néerlandais –, dans le livre sixième sur les obligations et les contrats en général, entré en vigueur en 1992⁶².

20. Au niveau de l'acceptation divergente, si dans une optique traditionnelle le paragraphe 1 prévoit que l'acceptation non conforme aux termes de l'offre vaut nouvelle offre et entraîne le rejet de l'offre originale, le paragraphe 2 dispose que lorsque la réponse qui vise l'acceptation d'une offre y déroge seulement sur des points mineurs, elle équivaut à une acceptation. Le contrat se forme selon celle-ci, à moins que l'offrant ne présente sans tarder d'objections aux différences. On remarquera, au

⁶¹ Il s'agit de l'opinion majoritaire parmi les commentateurs : v. M. R. WILL, « Conflits entre conditions générales de vente », préc., p. 109. – J. C. KELSO, « The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Contract Formation and the Battle of Forms », 21 *Col. J. Trans. L.* 1982, p. 529. – Ch. MOULY, « Que change la Convention de Vienne sur la vente internationale par rapport au droit français interne ? », *D.* 1991, p. 77. – D. H. GABRIEL, « The Battle of the Forms: A Comparison of the United Nations Convention for the international sale of goods and the Uniform Commercial Code », 49 *Bus. Law.* 1994, p. 1058. – M. DEL PILAR PERALES VISCASILLAS, « “Battle of the Forms” under Nations Convention on contracts for the international sale of goods: a comparison with Section 2-207 UCC and the UNIDROIT Principles », 10 *Pace Int'l L. Rev.* 1997, p. 113. – F. BORTOLOTTI, *Manuale di diritto commerciale internazionale. Diritto dei contratti internazionali*, préc., p. 183, note 94. – E. LAMAZEROLLES, *Les apports de la Convention de Vienne au droit interne de la vente*, LGDJ, 2003, p. 90. – A.M. MUSY, « Formation of contracts », préc., p. 134. – A. D. M. FORTE, « The Battle of Forms », préc., p. 115.

⁶² Avant la réforme, le système législatif néerlandais se focalisait uniquement sur la protection de l'adhérent : v. E. H. HONDIUS, *Il controllo sulle condizioni generali nel diritto olandese*, in C. M. BIANCA (dir.), *Le condizioni generali di contratto*, vol. II, Giuffrè, 1981, p. 400. Mais la jurisprudence avait eu à résoudre des cas de *battle of the forms* à plusieurs occasions.

demeurant, que ces deux premiers paragraphes reproduisent substantiellement le régime prévu par la Convention de Vienne.

21. Le paragraphe 3 suscite, quant à lui, un intérêt particulier : si l'offre et l'acceptation renvoient à des conditions de contrat différentes, le deuxième renvoi ne produit aucun effet, à moins qu'il ne rejette expressément l'applicabilité des conditions générales mentionnées dans le premier. Ce faisant, le législateur néerlandais s'est prononcé en faveur de la *first shot* comme règle de base et l'acceptant peut esquiver le coup en refusant expressément les conditions générales de l'offrant. Une première question pourrait alors surgir sur la nature d'un tel refus et sur les formes qu'il doit revêtir⁶³.

22. En particulier, en cas de refus exprès de l'acceptant, une lecture possible de l'article 6:225, paragraphe 3 laisserait croire que, à défaut de protestation de l'offrant, il y a application exclusive des conditions générales de l'acceptant. En effet, au regard des paragraphes 1 et 2 de l'article 6:225, la réponse portant le rejet exprès serait alors requalifiée soit d'acceptation soit de contre-offre, selon l'ampleur de la divergence opposant les deux ensembles de conditions générales. Si la qualification d'acceptation est retenue, seules les conditions générales de l'acceptant seront applicables. Si, au contraire, la réponse constitue une nouvelle offre, l'acceptation pourra découler du comportement de l'offrant initial conformément aux articles 3:33 et 3:35 du *BW*, notamment s'il entame l'exécution du contrat. Ainsi, l'ensemble des termes de la contre-offre régira seul le contrat. Si, enfin, l'offrant initial répond à son tour par un refus exprès de l'offre, deux visions concevables s'affrontent sur l'existence et sur le contenu du contrat avec d'un côté la *langste adem theorie* – la théorie du plus résistant –, version néerlandaise de la *last shot doctrine*, et de l'autre côté la *knock out doctrine*⁶⁴. En d'autres termes, soit une sorte de « ping-pong » dû à l'échange des refus réciproques s'instaure, la partie sera remportée alors par le dernier qui mentionnera ses propres conditions, avant le début de l'exécution du contrat ; soit l'on considère incorporées parmi les clauses contractuelles les conditions générales des deux parties dans la limite de leur compatibilité⁶⁵.

23. Et la *last shot rule*, et la *first shot rule*, découlant de la même logique juridique, sont susceptibles de faire l'objet d'une importante série de critiques. L'arbitraire de la solution vient en tête de liste : arbitraire dans

⁶³ Sur ce thème cf. A. E. DRIESSEN, « The Battle of Forms », *Adv. Bl.* 1991, p. 369.

⁶⁴ V. J. SPIER, « Algemene Voorwaarden », *NJB* 1993, p. 58 et s. – H. C. F. SCHOORDIJK, « Battle of Forms », *WPNR* 1979, p. 501 et s.

⁶⁵ Pour une étude approfondie du système néerlandais v. C. B. P. MAHE, « Conflit de conditions générales : quelle tactique adopter ? », in F. W. GROSHEIDE – K. BOELE-WOELKI (éditeurs scientifiques), *Europees privaatrecht*, Koninklijke Vermande, 1997, p. 85 et s.

l'identification concrète de l'offre et de l'acceptation dans la kyrielle d'offres et de contre-offres ; arbitraire car confiée à la partie qui, généralement, donnera vie à la conclusion du contrat avec son comportement exécutoire. La tendance à fournir un terrain fertile aux contractants de mauvaise foi constitue la deuxième critique. Une certitude juridique mineure sur le moment et les circonstances de la perfection de l'accord constitue l'environnement idéal pour essayer de se délier sans justification de ses propres obligations, par exemple dans un marché où les prix sont en constante évolution⁶⁶. Enfin, ces deux règles favorisent le « ping-pong » entre les parties pour tenter de tirer le premier ou le dernier coup. Cet effet, en augmentant le coût de la négociation, prime, semble-t-il, plus la routine que l'efficacité économique⁶⁷.

II. LE CHAMP DE LA SUFFISANTE RENCONTRE DES VOLONTÉS SUR LA SUBSTANCE DU CONTRAT

24. L'application extrêmement rigide du principe de coïncidence entre l'offre et l'acceptation peut conduire à des résultats fâcheux. De nombreux systèmes juridiques ont répondu à cet inconvénient en apportant des aménagements spécifiques. La répercussion de son application nuancée sur la bataille des conditions générales consiste, en règle générale, à pacifier les parties en lutte grâce à l'élimination des clauses contradictoires. Cependant, d'autres solutions restent envisageables : la proposition doctrinale d'attribuer la victoire au tireur le plus raisonnable en est la preuve.

A. - *L'élimination des clauses contradictoires*

25. Selon la dite *knock out doctrine*, les clauses uniformes des deux parties forment conjointement le contenu contractuel. Les éventuelles clauses contradictoires s'expulsent réciproquement de sorte que seules celles qui convergent demeurent et composent le règlement entre les parties. Si une divergence entre les clauses générales respectives se présente, cela signifie qu'il a été impossible de s'accorder sur les éléments contractuels. Les conditions générales contradictoires restent donc exclues – *knocked out* – et

⁶⁶ J. E. MURRAY, « An Essay on the Formation of Contracts and Related Matters under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods », *J. Law & Comm.* 1988, p. 43.

⁶⁷ M. DEL PILAR PERALES VISCASILLAS, « "Battle of the Forms" under Nations Convention on contracts for the international sale of goods: a comparison with Section 2-207 UCC and the UNIDROIT Principles », préc., p. 118.

à elles se substitue le droit commun. Ce critère remédie à un inconvénient relatif aux théories tant du *last shot* que du *first shot* : les deux présupposent que la qualité d'offrant et d'acceptant est évidente quand au contraire, dans la pratique, on assiste normalement à un inversement permanent des rôles, inversement qui rend extrêmement complexe la reconstruction *a posteriori* de la position des parties au moment de la formation du contrat.

26. Du côté de la *civil law*, l'on considère que cette troisième théorie est née de la perspective allemande, mais l'on affirme couramment que le droit français adhérerait également à ce principe. Du côté de la *common law*, le cadre législatif des États-Unis a recours à cette règle tout en y mêlant une multiplicité de critères qui rend incertaine la classification du système américain ; toutefois, pour des raisons de clarté d'exposition, ce modèle sera présenté ici. Si l'on se tourne, enfin, vers les sources d'uniformisation du droit, l'on constate que les Principes d'Unidroit comme les Principes du droit européen du contrat adoptent cette solution.

1. Sur le front allemand

27. En Allemagne, le paragraphe 150, alinéa 2 du *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)* dispose qu'une acceptation avec ajouts, limitations ou autres modifications, vaut comme refus lié à une nouvelle offre⁶⁸. Sur cette base normative, la jurisprudence a procédé, jusqu'aux années 70, à une application rigoureuse du principe de coïncidence entre offre et acceptation, y compris dans les cas de *battle of the forms*. Ainsi, le critère pour déterminer le contenu contractuel découlait de la *Theorie des letzten Wortes*, la « théorie du dernier mot ». La *Restgültigkeitstheorie*, la théorie du *knock out*, s'est développée seulement par la suite en doctrine⁶⁹ et en jurisprudence, sur le fondement des paragraphes 154 et 155 du *BGB*.

28. Dans une première décision de 1973, la *Bundesgerichtshof*⁷⁰ – la Cour suprême – a soutenu que le contrat devait être considéré comme valablement conclu puisque les deux parties avaient démontré avec leur comportement exécutif, la délivrance et l'acceptation de la délivrance, que leur désaccord sur les clauses en question ne devait pas invalider la conclusion du contrat. Avec cette décision, la *Bundesgerichtshof*, en interprétant le paragraphe 150, alinéa 2 du *BGB* en accord avec le principe

⁶⁸ On retrouve cette formulation dans d'autres codifications qui ont subi l'influence allemande : v., notamment, l'article 528 du Code civil japonais. Dans la Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse, si l'article 1^{er} renvoie à la règle de coïncidence entre offre et acceptation, l'article 2, au contraire, codifie la distinction entre « points essentiels » et « points secondaires ».

⁶⁹ La conception de la théorie est attribuable à L. RAISER, *Das recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, 2^{ème} éd., Gentner, 1961, p. 225.

⁷⁰ BGH, 26 sept. 1973 : *BGH WM* 1974, p. 842.

de la bonne foi – *Treu und Glauben* – ex paragraphe 242, avait déterminé l'abandon de la théorie du *last shot* comme corollaire du principe de coïncidence entre offre et acceptation. Elle avait, qui plus est, distingué la problématique de la formation du contrat de celle relative au contenu du contrat même, ouvrant aussi la voie à la *deal-is-on philosophy*, c'est-à-dire à l'importance de l'accord seulement sur les *essentialia negotii* pour la conclusion du contrat. Ce que la Cour n'avait pas encore indiqué était comment, dans ces situations, le contenu du contrat, pour les clauses contradictoires, aurait dû être déterminé. C'est l'*Oberlandesgericht* – la Cour d'appel – de Cologne qui, en 1980⁷¹, a fourni la précision nécessaire sur ce point en développant de manière plus organique l'approche déjà esquissée en 1973 par la *Bundesgerichtshof*. Dans l'espèce, le contrat devait se considérer valablement conclu et son contenu devait être déterminé en partie par les clauses des contractants qui coïncidaient entre elles et, pour le reste, par les normes supplétives des lois applicables dans la matière. Ainsi, dans le régime jurisprudentiel de la *battle of the forms*, la *deal-is-on philosophy* se joint à la *knock out rule*. L'approche de la Cour d'appel de Cologne a été par la suite partagée par la Cour suprême, qui se l'est appropriée dans une décision de 1985⁷².

29. En bref, le raisonnement suivi aujourd'hui par les juges allemands est le suivant : en vertu du paragraphe 154, alinéa 1^{er} du *BGB*, pour l'hypothèse où les parties reconnaissent la divergence entre les conditions générales respectives, le contrat est conclu si celle-ci a pour objet des points secondaires pour lesquels l'accord n'était pas demandé indéfectiblement. Le comportement exécutif atteste *a posteriori* que les parties n'ont pas jugé essentielle cette divergence. Dans l'hypothèse où le désaccord est resté occulte, le paragraphe 155 du *BGB* considère valide ce qui a été contracté, dans le cas où les parties auraient conclu le contrat même en absence d'un accord sur les éléments controversés, et les clauses contradictoires sont inefficaces⁷³.

2. Sur le front français

30. De prime abord, en France, la règle du *knock out* gouvernerait les cas de bataille des conditions générales contradictoires. Mais, un regard plus attentif dévoile que la question n'est pas si simple, ni si claire. Dans un premier temps, comme nous l'avons fait précédemment, il convient de mettre en lumière l'absence d'une véritable théorisation de la question. Dans

⁷¹ OLG Köln, 19 mars 1980 : *BB* 1980, p. 1237.

⁷² BGH, 20 mars 1985 : *NJW* 1985, p. 1838.

⁷³ Pour cette reconstruction cf. E. FERRANTE, « La *battle of forms* nella Convenzione di Vienna: una recente decisione del Tribunale federale tedesco », préc., p. 492 et s.

un second temps, si l'on raisonne en s'appuyant sur l'appareil conceptuel désormais traditionnel en matière de *battle of the forms*, on est amené à relever que l'application de la règle du *knock out* est contestée et contestable.

31. Procédons par ordre. Pour ce qui est du regard porté de l'extérieur sur la France, on rencontre les commentaires officiels des Principes de droit européen du contrat, lesquels classent le modèle français parmi ceux qui appliquent la règle du *knock out*⁷⁴ ; ils ne citent pas, néanmoins, de bibliographie française. Si l'on se tourne vers les études comparatives élaborées en dehors de la France, fréquemment cette dernière ne compte pas dans la liste des pays analysés⁷⁵ ; sinon, l'on trouve l'affirmation selon laquelle la France ne connaîtrait pas le problème de la bataille des conditions générales⁷⁶ ; ou encore, l'on retrouve à nouveau le principe du *knock out*, mais la comparaison avec les autres modèles impose en général que d'importantes nuances soient ajoutées⁷⁷. Si l'on pose un regard sur la littérature juridique française, en attribuant au droit positif français l'application de la règle du *knock out*, les études qui portent sur les Principes de droit européen du contrat reprennent, à l'évidence, les commentaires officiels⁷⁸. Il existe ensuite des travaux à vocation pratique qui, sans entrer explicitement dans le débat, évoquent l'hypothèse des « *clauses contradictoires* » pour laquelle « *la solution classique consiste [...] à la neutralisation des dispositions contradictoires* »⁷⁹. De la même manière, d'autres recherches à caractère plus théorique proposent, essentiellement

⁷⁴ *Principes du droit européen du contrat*, version française préparée par G. ROUHETTE, Société de législation comparée, 2003, p. 145.

⁷⁵ À titre illustratif, la section « Acceptance that deviates from the offer » de H. BEALE – H. KÖTZ – A. HARTKAMP – D. TALLON (éditeurs scientifiques), *Cases, Materials and Text on Contract Law*, Hart Publishing, 2002, pp. 226-236, contrairement au reste de l'œuvre, n'inclut pas le droit français dans la comparaison.

⁷⁶ V. F. VERGNE, « The "Battle of the Forms" under the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods », 33 *Am. J. Comp. Law* 1985, p. 233.

⁷⁷ V., notamment, C. DELFORGE, « Le conflit né de la confrontation de conditions générales contradictoires et son incidence sur la formation des contrats », in M. FONTAINE (dir.), *Le processus de formation du contrat*, Bruylant-LGDJ, 2002, pp. 492-498. – G. RUEHLER, « The Battle of the Forms: comparative and economic observations », 24 *U. Pa. J. Int'l Econ. L.* 2003, p. 205, qui affirme qu'en cas de rejet explicite des conditions générales de l'autre partie, la règle du *last shot* serait appliquée, et qui cite plus en général une jurisprudence minoritaire de la Cour de cassation qui ferait application de ce principe au-delà de cette hypothèse.

⁷⁸ P. REMY-CORLAY, « L'existence du consentement », préc., p. 50.

⁷⁹ M. et J.-M. MOUSSERON, *Le droit français nouveau de la transparence tarifaire*, préc., n° 105. En termes similaires, J.-M. MOUSSERON, *Technique contractuelle*, préc., n° 348, et F. DELBARRE – Ch. LAVABRE, « La confrontation conditions générales de vente conditions générales d'achat », préc., p. 382.

dans le cadre d'une comparaison avec le modèle allemand, une construction qui voit les clauses en conflit s'annuler réciproquement⁸⁰.

32. Nous avons affirmé que l'application de la règle du *knock out* est, avant tout, contestée. La doctrine citée peut certes être qualifiée de « majoritaire ». Mais l'on ne saurait négliger certaines voix discordantes qui renvoient, elles, à la règle du dernier tir⁸¹. Et, compte tenu du nombre de sources existantes, cette littérature « minoritaire » n'est assurément pas négligeable. Il a été affirmé que de la « *jurisprudence semble ressortir un principe unique, celui de l'annulation réciproque des seules clauses en conflit* »⁸². Or, trois ans plus tard, dans les travaux de la Conférence générale des tribunaux de commerce de France, on a pu lire que « *la jurisprudence est constante : en cas de contradiction entre les conditions générales [...], seront considérées comme seules habilitées à régir les relations des deux partenaires les dernières envoyées* »⁸³ ! On peut être certain d'une chose : la position du droit français est loin d'être unanime.

33. Nous sommes, ensuite, de l'avis que l'affirmation selon laquelle on appliquerait, en France, la règle du *knock out* est également contestable. En effet, si l'on déplace l'analyse de la doctrine à la jurisprudence, on remarque que le principe en question ne correspond pas non plus à la règle du *knock out* connue ailleurs. Les arrêts généralement mentionnés offrent un critère de solution non pas au conflit entre conditions générales, mais au conflit entre des clauses spécifiques qui sont en contradiction. Plus précisément, dans la plupart des affaires, il s'agit de clauses attributives de compétence⁸⁴ ou de clauses de réserve de propriété⁸⁵. Or, étant donné que l'opposabilité de telles clauses est aujourd'hui expressément réglée, au moins pour certains cas, par des normes spéciales⁸⁶, il nous semble que l'édification d'une théorie

⁸⁰ Cf. P. MALINVERNI, *Les conditions générales de vente et les contrats-types des chambres syndicales*, préc., n° 83 bis. – M. R. WILL, « Conflits entre conditions générales de vente », préc., pp. 99-109. – D. BEN ABDERRAHMANE, *Le droit allemand des conditions générales des contrats dans les ventes commerciales franco-allemandes*, préc., pp. 100-102. – F. LABARTHE, *La notion de document contractuel*, préc., n° 37. – F. LIMBACH, *Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales. De l'utilité du concept de déclaration de volonté*, préc., n° 557.

⁸¹ V. J. LAMICHE, *Les conditions générales de vente*, Conférence générale des tribunaux de commerce de France, Paris, 1984, p. 10. – A. CROSIO, *Le contrat de vente en droit commercial*, préc., pp. 154-155.

⁸² M. R. WILL, « Conflits entre conditions générales de vente », préc., p. 100.

⁸³ J. LAMICHE, *Les conditions générales de vente*, préc., p. 10.

⁸⁴ Cf. CA Angers, 9 janv. 1952, préc. – Cass. com., 7 nov. 1956, préc. – Trib. com. Lille, 19 nov. 1956, préc. – Cass. 2^{ème} civ., 16 nov. 1961, préc. – CA Douai, 20 nov. 1964, préc.

⁸⁵ Cf. CA Paris, 25 sept. 1986, préc. – Cass. com., 10 déc. 1991, préc. – Cass. com., 3 déc. 1996, préc.

⁸⁶ Concernant les clauses attributives de compétence, l'article 48 du Nouveau Code de procédure civile prévoit que « Toute clause qui, directement ou indirectement, déroge aux règles de compétence territoriale est réputée non écrite à moins qu'elle n'ait été convenue entre des personnes ayant toutes contracté en qualité de commerçants et qu'elle n'ait été spécifiée de façon très apparente dans l'engagement de la partie à qui elle est opposée » ; à ce sujet v. J. BEAUCHARD,

générale de la bataille des conditions générales ne peut pas se fonder sur une jurisprudence spéciale portant sur des clauses spécifiques.

34. De ce fait, le conflit entre conditions générales doit être interprété, en droit français, selon les principes du droit commun du contrat. Une première voie consisterait à transposer le discours en le déplaçant de la détermination du contenu contractuel à l'interprétation de celui-ci ; les articles 1156 et suivants du Code civil pourraient alors permettre au juge de mettre un terme à la bataille. Mais si l'on s'en tient à l'approche traditionnelle, la raison pour laquelle les clauses contradictoires « s'annulent réciproquement » ne réside pas dans la reconnaissance de la spécificité de ce thème qui ferait pencher la balance des intérêts en jeu pour la sécurité juridique des transactions commerciales et pour la protection de la croyance légitime des parties en la conclusion du contrat. Il s'agit plutôt de l'une des applications de la théorie du processus de formation du contrat et pour être plus précis, de la distinction entre éléments essentiels, voire substantiels⁸⁷ et éléments secondaires⁸⁸. Le contrat se forme par l'échange d'une offre et d'une acceptation. L'acceptation doit être, entre autre, complète : elle doit porter sur tous les éléments figurant dans l'offre. Cet énoncé est, cependant, tempéré par l'admission qu'un contrat est conclu en cas d'échange de consentements sinon sur tous les éléments, au moins sur ceux qui sont essentiels⁸⁹. Ainsi, la vente est parfaite dès qu'on est convenu de la chose et du prix⁹⁰. Mais le désaccord sur un élément objectivement accessoire pourra empêcher la formation du contrat s'il est subjectivement essentiel, ou substantiel, pour l'une des parties⁹¹. En d'autres termes, si l'un des contractants rend essentiel un élément secondaire à la conclusion du contrat

« Dérégations conventionnelles aux règles de compétence », in S. GUINCHARD (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz, 2006, n^{os} 141.71 et s. En ce qui concerne la clause de réserve de propriété, v. l'évolution de l'ancien art. 121, alinéa 2 de la loi du 25 janvier 1985, aujourd'hui repris dans l'art. L. 624-16, alinéa 2 du Code de commerce.

⁸⁷ Il s'agit de la terminologie adoptée par G. CORNU, obs. *RTD. civ.* 1963, p. 364 et s., et reprise par J.-L. AUBERT, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, LGDJ, 1970, n^o 288, note 42.

⁸⁸ Pour des considérations similaires, mais qui aboutissent à des conclusions différentes, v. C.B.P. MAHE, « Conflit de conditions générales : quelle tactique adopter ? », préc. *Adde*, C. DELFORGE, « Le conflit né de la confrontation de conditions générales contradictoires et son incidence sur la formation des contrats », préc., pp. 492-498.

⁸⁹ V. G. CORNU, obs. *RTD. civ.* 1963, préc. – J.-L. AUBERT, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, préc., n^{os} 288-295. – J. CARBONNIER, *Droit civil. Les biens-Les obligations*, éd. Quadriga, PUF, 2004, n^o 944.

⁹⁰ Cf. l'art. 1583 du Code civil. À ce sujet, v. J. FLOUR – J.-L. AUBERT – E. SAVAUX, *Droit civil. Les obligations, tome 1 – L'acte juridique*, 11^{ème} éd., 2004, Armand Colin, n^o 155 ; et, pour d'autres contrats, cf. J. GHESTIN, *La formation du contrat*, préc., n^{os} 321-325.

⁹¹ Cf. J. SCHMIDT, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, pp. 78-79.

abstraitement conçu, cet élément deviendra nécessaire pour la conclusion de la convention concrètement négociée⁹².

35. En toute logique, si l'on essaye de résoudre le conflit entre conditions générales à l'aide du droit commun du contrat, chaque clause particulière devra faire l'objet de l'investigation du juge pour savoir si elle a été rendue essentielle, sauf à considérer les conditions générales de contrat comme « *des conditions accessoires par nature* »⁹³. Ainsi, si les protagonistes se battent à propos d'un élément objectivement et subjectivement secondaire, les clauses en conflit seront écartées du contenu contractuel et le droit commun viendra à la rescousse. Le résultat auquel on aboutit est identique à celui obtenu par la théorie du *knock out*. Si à l'inverse, l'une des parties parvient à démontrer qu'elle a rendu essentiel l'élément objectivement secondaire, soit le contrat ne sera pas conclu – permettant ainsi, en cas de mauvaise foi, de se délier abusivement de ses engagements – soit le contrat sera réputé conclu moyennant son exécution. Alors l'élément subjectivement essentiel entrera dans le champ contractuel ou sera considéré comme accessoire, selon qu'il figure ou non dans les conditions qui auront été mentionnées en dernier, avant l'exécution. Les effets sont, au final, les mêmes que pour la règle du dernier tir⁹⁴.

3. Sur le front américain

36. Avant d'adopter l'*Uniform Commercial Code (UCC)*, les juges américains suivaient en général la *common law* en la matière⁹⁵, en procédant, comme nous avons déjà pu le constater dans le système anglais, à une application stricte de la *mirror-image rule*⁹⁶. Mais l'insatisfaction des

⁹² À défaut d'un accord sur cette clause, il n'y aura pas de contrat, mais éventuellement un simple accord de principe : Ph. MALINVAUD, *Droit des obligations*, 9^{ème} éd., Litec, 2005, n° 122.

⁹³ Cette notion a été élaborée par J.-L. AUBERT, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, préc., n° 945. Plus en général, pour la distinction entre « conditions accessoires » et « conditions substantielles », v. les n°s 288-295.

⁹⁴ En ce qui concerne l'avenir, il ne semble pas que cette construction serait remise en discussion en cas de réception par le droit positif de l'Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription. En effet, d'abord, aucune réponse *ad hoc* n'est envisagée pour les cas de bataille des conditions générales. Ensuite, le contrat d'adhésion, dont une définition est fournie, est conçu dans l'acception classique qui oppose un professionnel à un consommateur : v. art. 1102-5. Enfin, le principe de conformité entre offre et acceptation est expressément consacré à l'art. 1105-5, mais la notion d'élément essentiel fait également son entrée à l'art. 1105-1, et surtout, à l'article 1109-1 : « *Il n'y a point de consentement lorsque les volontés ne se sont pas rencontrées sur les éléments essentiels du contrat* ». Il pourrait en être tout autrement si le modèle d'une éventuelle réforme venait des projets d'uniformisation du droit : sur ce thème, v. Ph. REMY, « Regards sur le Code », in *Le Code civil 1804-2004. Livre du Bicentenaire*, Dalloz-Litec, 2004, pp. 118-119.

⁹⁵ V. *Poel v. Brunswick-Balke-Collender Co.* : 110 N.E. 1915, p. 619.

⁹⁶ Ce principe de *Common law* est repris dans la section 59 du *Restatement (Second) of Contracts*.

juristes pour la *last shot doctrine* a conduit à opter pour une approche alternative lors de la rédaction de l'*UCC*⁹⁷. La section 2:207 de l'*UCC*, dédiée au régime d'éventuels « *Additional Terms in Acceptance or Confirmation* », est destinée à résoudre également les conflits entre conditions générales de contrat. Ce régime, que l'on appliquait déjà à partir des années 60 de manière uniforme dans tous les États-Unis à l'exclusion de la Louisiane, a donné lieu à une approche extrêmement novatrice : la question de la conclusion du contrat est séparée de celle des clauses qui le composent au nom des principes de la *deal-is-on philosophy*, du *first shot*, et de la *knock out rule*.

37. Le premier paragraphe de la section 2:207 de l'*UCC*, qui s'occupe exclusivement des aspects relatifs à la conclusion du contrat, entend fournir une solution concrète et efficace à la problématique qui découle de la *mirror-image rule*. Il prévoit, en effet, qu'un contrat puisse se dire valablement conclu, malgré le fait que l'acceptation contienne des clauses différentes ou ajoutées par rapport à celles contenues dans l'offre, à condition qu'il y ait une volonté commune des parties et que celle-ci soit exprimée de manière claire et sans retard. Cela vaut si l'acceptant n'a pas subordonné expressément l'efficacité de son consentement à l'approbation, de la part de l'offrant, des clauses ajoutées ou divergentes. On retient qu'il y a « *expression of acceptance* » chaque fois que l'on se trouve en présence d'une communication de l'acceptant qui manifeste sa volonté de maintenir le contrat en vie sur la base des termes qui ne sont pas en contraste évident avec ceux de l'offrant, du moins pour ce qui concerne le prix, la quantité et la description de la marchandise. Les rédacteurs de l'*UCC*, en introduisant un concept comme celui de la *deal-is-on philosophy*, se sont assurément inspirés de la pratique devenue courante depuis un certain temps entre les opérateurs commerciaux : pratique selon laquelle le contrat se considère conclu quand un principe d'accord, même minimal, subsiste entre les parties sur les *essentialia negotii*. Dans cette optique, en vue de protéger la croyance des contractants en la valide conclusion du contrat, on a forgé cette norme qui privilégie le principe de la sauvegarde du contrat même sur celui de la parfaite coïncidence entre offre et acceptation.

38. Dans le cas où l'on pourrait dire que le contrat s'est valablement parfait sur la base de la norme contenue au premier paragraphe, il serait nécessaire de se reporter au deuxième paragraphe afin de déterminer les clauses qui le composent. Ce paragraphe-ci traite, en effet, exclusivement de la détermination du contenu du contrat même, en consacrant le passage

⁹⁷ Cf. J.E. MURRAY, « The Definitive 'Battle of the Forms': Chaos Revisited », 20 *J. Law & Comm.* 2000, p. 1. – C. SUKUR, « Harmonizing the Battle of the Forms: A Comparison of the United States, Canada, and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods », préc., p. 1485.

définitif de la primauté du *last shot*, que nous avons vu être un corollaire de la *mirror-image rule*, à la primauté du *first shot*. Aux termes du deuxième paragraphe, les clauses ultérieures contenues dans l'acceptation valent comme une offre qui s'ajoute au contrat déjà formé et elles deviennent automatiquement partie intégrante de celui-ci. Cela se vérifie à moins que l'une des trois exceptions suivantes ne se présente : l'offre est conditionnée par son acceptation complète ; les clauses qui sont introduites dans l'acceptation altèrent de manière substantielle les termes du contrat ; le rejet des clauses introduites dans l'acceptation est notifié par l'offrant juste après en avoir pris connaissance.

39. Le troisième paragraphe s'applique à tous les cas dans lesquels l'existence d'un *animus contrahendi* résulte tout de même de la conduite de toutes les parties, bien que le contrat ne se soit pas formé selon les règles édictées au premier paragraphe. En application de la *knock out rule*, les clauses divergentes contenues dans l'offre et dans l'acceptation s'effacent alors réciproquement et le contenu du contrat est déterminé par les clauses sur lesquelles les parties sont parvenues à un accord. Le reste est fixé par les dispositions retenues par l'*UCC*, qui servent ainsi de *gap-filling*.

40. Il aurait été presque logique que le dépassement de la *mirror-image rule* et l'introduction de la *deal-is-on philosophy* entraînent également une application extensive de la *knock out rule*, comme c'est le cas dans l'ordre juridique allemand. Au contraire, ce principe a été relégué au troisième paragraphe pour régler seulement les cas dans lesquels le contrat se forme sur la base de faits conclusifs des parties. De ce fait, la section 2:207 ne résout de manière efficace qu'un seul des problèmes liés à l'approche traditionnelle de la *common law* dans les cas de *battle of the forms*. En effet, grâce au premier paragraphe, les parties ne sont plus en mesure de se retirer facilement du contrat quand un accord a été conclu. À l'inverse, le deuxième problème, à savoir celui relatif à la détermination du contenu du contrat, est loin d'être résolu. Il est vrai qu'à l'exception de certains cas dans lesquels les clauses ajoutées ne sont pas considérées comme essentielles, le deuxième paragraphe favorise la prédominance du *first shot* quand la *mirror-image rule* favorisait le *last shot*. Toutefois, ce changement n'exclut pas que le contenu contractuel reste lié à la détermination unilatérale de l'une des parties. En outre, la section 2:207 s'adresse aux « *additional terms* » en négligeant les clauses différentes ou conflictuelles. L'on ajoutera, enfin, qu'en se dirigeant au contraire vers des solutions très hétérogènes, l'attitude des cours n'a pas permis de mettre un terme au problème⁹⁸.

41. Pour toutes ces raisons, la section 2:207 de l'*UCC* a fait l'objet de critiques acerbes de la part de la doctrine majoritaire, laquelle a suggéré une

⁹⁸ J.J. WHITE – R.S. SUMMERS, *Uniform Commercial Code*, 3^{ème} éd., 1998, p. 33.

révision du texte à plusieurs reprises⁹⁹. La *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws (NCCUSL)* a nommé en 1994 la *Drafting Committee to Amend Uniform Commercial Code Article 2*, la commission de révision de l'article 2 de l'*UCC*. En juillet 2002, la *NCCUSL* a approuvé les révisions et l'*American Law Institute* en a fait de même en mai 2003. À ce jour, la proposition doit être présentée dans chaque État en vue d'être adoptée dans le droit positif. La nouvelle section 2:207 proposée laisse clairement transparaître le rejet de la *last shot rule*. La règle du deuxième paragraphe de la première version disparaît, et avec elle les cas gouvernés par la *last shot rule*. On ne présume pas, en effet, que le premier offrant accepte les termes de la contre-offre. De plus, si les parties donnent exécution au contrat, le contenu de ce dernier sera composé par les clauses communes aux parties et, pour le reste, par le régime de l'*UCC*.

4. Sur le front des Principes d'Unidroit

42. Le fait que les Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international ne sont pas destinés à devenir une source juridique contraignante a permis que, dans leur élaboration, les rédacteurs aient bénéficié d'une grande marge de liberté. L'article 2.1.22¹⁰⁰, qui règle expressément le « Désaccord sur les clauses-types » – « Battle of forms » dans la version anglaise – a été introduit. Cette norme, qui se caractérise par son extrême simplicité ainsi que par son importante portée innovante, reconnaît que le phénomène de la bataille des conditions générales n'entre pas dans les canons classiques de la dialectique entre offre et acceptation.

⁹⁹ Cf., notamment, P. BARRON – T. W. DUNFEE, « Two Decades of 2-207: Review, Reflection and Revision », 24 *Clev. St. L. Rev.* 1975, p. 171. – J. E. MURRAY, « Section 2-207 of the Uniform Commercial Code: Another Word about Incipient Unconscionability », 39 *U. Pitt. L. Rev.* 1978, p. 597. – E. H. TAYLOR, « U.C.C. Section 2-207: An Integration of Legal Abstractions and Transactional Reality », 46 *U. Cin. L. Rev.* 1977, p. 419. – A. M. MEIKLEJOHN, « Castles in the Air: Blanket Assent and the Revision of Article 2 », 51 *Wash. & Lee L. Rev.* 1994, p. 599. – M. E. ROSZKOWSKI – J. D. WLADIS, « Revised U.C.C. Section 2-207: Analysis and Recommendations », 49 *Bus. Law.* 1994, p. 1065. – C. A. STEPHENS, « On Ending the Battle of the Forms: Problems with Solutions », 80 *Ky. L.J.* 1992, p. 815. – D. T. OSTAS – F. P. DARR, « Redrafting U.C.C. Section 2-207: An Economic Prescription for the Battle of the Forms », 73 *Demv. U. L. Rev.* 1996, p. 403. – A. DEVIENCE Jr., « The Renewed Search for the "Bargain in Fact" Under the UCC Section 2-207: Battle of the Forms, Part II ? », 9 *DePaul Bus. L.J.* 1997, p. 349. – V. P. GOLDBERG, « The Battle of the Forms: Fairness, Efficiency, and the Best-Shot Rule », 76 *Ore. L. Rev.* 1997, p. 155 et in *Framing Contract Law. An Economic perspective*, Harvard University Press, 2006, p. 189 et s. – R. HYLAND, « Draft », 97 *Colum. L. Rev.* 1997, p. 1343. – N. R. WEISKOPF, « The Last Hurdle in the Ongoing Revision of Section 2-207 of the UCC: Defining What Constitutes Assent to Varying Terms », 30 *UCC L.J.* 1998, p. 423. – P. A. WHITE, « A Few Comments About the Proposed Revisions to UCC Section 2-207: The Battle of the Forms Taken to the Limit of Reason », 103 *Com. L.J.* 1998, p. 471.

¹⁰⁰ Quoique la version de 2004 des Principes d'Unidroit soit une révision de la version originale de 1994, l'article 2.1.22 n'a subi aucune modification par rapport à l'article 2.22 original.

De la sorte, elle considère ce cas de manière autonome eu égard à l'acceptation non conforme à l'offre – article 2.1.11 –, et à la lettre de confirmation – article 2.1.12 –. De ce fait, une première différence apparaît par rapport à la section 2:207 de l'*UCC*.

43. La seconde, qui à bien y regarder est intimement liée à la précédente, consiste dans le fait que si le régime de la version originale de la section 2:207, introduisant aussi la *deal-is-on philosophy*, ne détermine pas une application extensive de la *knock out rule*, l'article 2.1.22 des Principes d'Unidroit unit, quant à lui, ces deux concepts en un mariage indissoluble. Le contrat est en effet considéré conclu y compris en présence de divergences entre les conditions générales. On notera que ceci a lieu suite au simple échange des documents, la conduite des parties n'étant pas requise pour la perfection de l'accord. L'article 2.1.22 des Principes d'Unidroit se distingue en cela de la section 2:207 de l'*UCC* et partage cette approche avec l'article 19 de la Convention de Vienne et avec l'article 2:209 des Principes du droit européen du contrat. Le talon d'Achille de la norme consiste à spécifier que chaque partie peut, dans tous les cas, signifier à l'autre, soit par avance, soit une fois les conditions générales divergentes échangées et sans retard indu, qu'elle n'entend pas être liée par un contrat formé sur la base de la *knock out rule*¹⁰¹. Il est impossible, semble-t-il, d'établir en quoi consiste abstraitement une indication « claire », mais l'insertion d'une clause de ce type parmi les clauses standard ne sera normalement pas suffisante, puisqu'il faut considérer nécessaire une déclaration spécifique contenue dans l'offre ou l'acceptation de la partie intéressée¹⁰².

44. Le contenu contractuel, enfin, est déterminé, d'une part, par les clauses convenues et par les conditions générales communes aux parties par l'essentiel, et, d'autre part, par les dispositions supplétives contenues dans les Principes mêmes.

5. Sur le front des Principes du droit européen du contrat

45. Les Principes du droit européen du contrat, dits Principes Lando, comme en atteste l'article spécifique qu'ils lui dédient, à savoir l'article 2:209 intitulé « Incompatibilité entre conditions générales », semblent

¹⁰¹ Pour une analyse critique, cf. C. DELFORGE, « Le conflit né de la confrontation de conditions générales contradictoires et son incidence sur la formation des contrats », préc., pp. 532-537.

¹⁰² En ce sens M. J. BONELL, *Un "codice" internazionale del diritto dei contratti. I principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali*, Giuffrè, 1995, p. 89, note 122. Contra A.D.M. FORTE, « The Battle of Forms », préc., p. 117.

accorder encore plus d'attention à la *battle of the forms*¹⁰³. Un symptôme de cet intérêt est le fait que la définition même des conditions générales de contrat ait été fournie dans cet article consacré à leur conflit, à l'alinéa 3.

46. La question de l'existence du contrat est réglée à l'alinéa 1^{er}, lequel dispose que lorsque les parties sont parvenues à un accord, mais que l'offre et l'acceptation renvoient à des clauses générales incompatibles, le contrat est néanmoins conclu. L'article 2:209 consacre, par là, le principe de la *deal-is-on philosophy*. C'est toujours l'alinéa 1^{er} qui traite la question du contenu contractuel ; seules les clauses pour l'essentiel communes aux parties s'intègrent au contrat. De cette manière, les Principes Lando, en introduisant ces deux règles dans le même alinéa, proposent la *knock out rule* comme un corollaire de la *deal-is-on philosophy*.

47. L'alinéa 2 prévoit deux exceptions à la formation du contrat. La première a lieu lorsque l'une des parties a exclu expressément de vouloir régler le contrat par la *knock out rule*, en informant l'autre à l'avance et explicitement, en application de l'*informational rent-seeking theory*¹⁰⁴. Il est également expressément exclu, à la différence des Principes d'Unidroit, qu'une telle volonté puisse être manifestée dans les conditions générales mêmes, moyennant une *clause paramount*. Cette dernière prévision confirme, une fois encore, l'intérêt particulier que la *battle of the forms* suscite dans les Principes Lando. Le cas où l'une des parties informe postérieurement et sans retard l'autre de ne pas vouloir rester liée par le contrat constitue la seconde exception.

48. Les Principes d'Unidroit semblent laisser aux parties le choix entre l'acceptation de l'invalidité des clauses contraires et le refus de ce principe en faveur de l'application exclusive de l'un des ensembles de conditions générales. Dans les Principes Lando, à l'inverse, l'alternative laissée aux parties est soit d'appliquer le principe de l'invalidité des clauses divergentes, soit l'inexistence du contrat. En mettant en jeu la naissance même du contrat, les Principes Lando peuvent conduire une partie ayant l'intention d'exiger l'application exclusive de ses conditions générales propres à accepter l'application des conditions qui s'accordent avec celles de son adversaire, selon un calcul des coûts liés à l'inexistence du contrat. De la sorte, les Principes Lando compriment la portée du *favor contractus* pour élargir celle des règles portant sur la détermination du contenu contractuel.

¹⁰³ Pour une opinion différente, v. C. DELFORGE, « Le conflit né de la confrontation de conditions générales contradictoires et son incidence sur la formation des contrats », préc., pp. 541-542.

¹⁰⁴ V. A. M. MUSY, « Formation of contracts », préc., p. 133.

B. - *La victoire du tireur raisonnable*

49. Les théories que nous avons examinées et, en général, le débat doctrinal sur la *battle of the forms* ont subi une influence de l'analyse économique du droit très limitée¹⁰⁵. L'angle adopté par les commentateurs se situe dans la phase postérieure à la survenance du conflit. Les objectifs que cette approche se donne visent à repérer une solution qui interprète le mieux le consentement *de facto* exprimé par les parties, à prévenir le risque de la survenance d'effets, y compris d'effets juridiques, non prévus par les contractants, à éviter les comportements arbitraires de l'une des parties, à réduire les coûts judiciaires, et, dans certains cas, à fournir une solution qui puisse apparaître juste. Or, ce ne sont que des considérations qui interviennent *a posteriori*.

50. Dans l'esprit de vouloir prévenir le conflit de conditions générales, un auteur¹⁰⁶ a récemment proposé une « vision *ex-ante* » du phénomène. La thèse en question essaye d'édicter une règle afin d'inciter les parties sinon à lire les conditions générales du cocontractant, au moins à rédiger des clauses « raisonnables ». Ainsi, suite à une critique ciblant les critères traditionnellement adoptés pour la résolution du problème, les règles du *last shot* et du *knock out*, une nouvelle solution est proposée : la *reasonable shot rule*, variante de la dite *best shot rule* conçue auparavant par un autre auteur¹⁰⁷. Le « raisonnable » n'étant pas un concept inexploré par le juriste de *civil law*¹⁰⁸, mais constituant, au contraire, pour certains un « *usage constant et universel, [...] pas qu'un petit mot anodin, mais bien souvent le pilier des contrats internationaux* »¹⁰⁹, l'étude de cette thèse, quoique purement doctrinale, nous paraît d'un intérêt véritable.

51. L'argumentation se fonde sur l'application analogique à la *battle of the forms* de la *final offer arbitration (FOA)*, qui est généralement employée pour la détermination des salaires dans les différends en matière de

¹⁰⁵ Pour une introduction à la *Law & Economics* v. J. GHESTIN, *La formation du contrat*, préc., n^{os} 196-220. – E. MACKAAY – S. ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, Dalloz-Themis, à paraître.

¹⁰⁶ Il s'agit de O. BEN-SHAHAR, « An Ex-Ante View of the Battle of the Forms: Inducing Parties to Draft Reasonable Terms », 25 *Int. Rev. Law Econ.* 2005, p. 350 et s.

¹⁰⁷ Nous faisons référence à V. P. GOLDBERG, « The Battle of the Forms: Fairness, Efficiency, and the Best-Shot Rule », préc.

¹⁰⁸ Pour des considérations sur la notion et la fonction du « raisonnable » en droit v., par exemple, J. CARBONNIER, *Droit civil. Introduction-Les personnes-La famille, l'enfant, le couple*, éd. Quadrige, PUF, 2004, n^o 49. – J. BEAUCHARD, « L'absence de la cause dans les principes européens de droit des contrats », in J. P. MARGUENAUD – M. MASSE – N. POULET-GIBOT (dir.), *Apprendre à douter. Questions de droit, questions sur le droit. Etudes offertes à Claude Lombois*, PULIM, 2004, p. 830.

¹⁰⁹ G. WEISZBERG, « Le 'raisonnable' en droit du commerce international », thèse Paris, 2003, n^o 643.

travail¹¹⁰. Cette procédure prévoit que chaque partie soumet à l'arbitre sa proposition pour résoudre le conflit, et que ce dernier choisit parmi celles adoptées par les parties qu'il considère la plus voisine de la solution « juste » ou « idéale ». L'effet qui découle de l'application de la *FOA*, comme on l'a démontré, consiste à encourager les sujets concernés à modérer leurs demandes et à formuler des propositions plus « raisonnables ». Transposition de ce raisonnement en matière de conflit de conditions générales, la *reasonable shot rule* accorderait aux tribunaux le rôle de sélectionner les imprimés contenant les clauses les plus raisonnables. Cette approche s'éloigne des principes du *first shot* et du *last shot*, qui s'inspirent d'un critère non pas qualitatif, mais simplement chronologique ; et elle diffère, par surcroît, de la règle du *knock out*, qui implique l'importation dans le contenu contractuel des clauses étrangères à la volonté des parties en servant de *gap-filling*. Le « coup raisonnable » selon la théorie en question n'est pas l'imprimé intégral de l'une des parties, mais la composition des différents fragments « raisonnables » des conditions générales des contractants.

52. L'analyse économique du droit confirme que cette règle produirait des effets sur la phase génétique des conditions générales. En effet, le résultat sur la psychologie des contractants serait d'engendrer une « *race to the middle* » – une « course vers le milieu » –¹¹¹. Si la position des cours sur ce qui est raisonnable est connue avec certitude, les contractants se dirigeront vers l'équilibre, constitué par la rédaction de conditions générales potentiellement identiques¹¹². De la sorte, dans son modèle abstrait, la *reasonable shot rule* constitue un critère de détermination du contenu contractuel en cas de *battle of the forms* qui est paradoxalement à même de conduire jusqu'à l'élimination de ce conflit.

53. Cette thèse mérite que l'on y regarde plus attentivement. Une première question se pose sur le concept fondateur de la théorie : qu'est-ce que le raisonnable ? La *best shot rule*, inspiratrice de la règle du *reasonable shot*, définit comme « raisonnable » ce qui est « juste ». Les conditions générales de contrat que le juge devrait intégrer au contrat seraient celles considérées les plus justes *in concreto*. À l'inverse, le « raisonnable » dans

¹¹⁰ La *FOA* est fréquemment utilisée pour les arbitrages en matière de salaire des joueurs de *baseball* : O. BEN-SHAHAR, « An Ex-Ante View of the Battle of the Forms: Inducing Parties to Draft Reasonable Terms », préc., p. 353, note 14.

¹¹¹ Cet effet est reconnu pour la *FOA* : cf. L.J. STERN – C.M. REHMUS – J. J. LOEWENBERG – H. KASPER – B. D. DENNIS, *Final Offer Arbitration: The Effects of Public Safety Employee Bargaining*, Lexington Books, 1975, p. 145 et s.

¹¹² V. O. BEN-SHAHAR, « An Ex-Ante View of the Battle of the Forms: Inducing Parties to Draft Reasonable Terms », préc., p. 367.

la *reasonable shot doctrine* coïncide avec l'« efficace »¹¹³. Il a, de plus, été observé que même si l'on admet que le plus efficace est aussi le plus raisonnable, l'efficacité devrait être appréciée dans un contexte répétitif de négociations de masse¹¹⁴, car par définition, les conditions générales de contrat ne sont pas rédigées pour une transaction isolée.

54. Deuxièmement, si l'on accepte la notion, il nous semble cependant critiquable de chercher le « raisonnable » dans chaque clause particulière, et non dans les conditions générales dans leur ensemble. Il est vrai que l'approche du « tout ou rien » se prête à des abus, notamment si une clause non raisonnable est insérée parmi des clauses efficaces. Mais, d'abord, l'efficacité de la clause doit être considérée dans le contexte où elle produira des effets. Il est concevable que le contractant ait opéré, dans la rédaction des différentes conditions générales, un compromis dont l'équilibre pourrait être objectivement efficace. Ensuite, des argumentations d'analyse économique contredisent l'utilité de l'approche « clause par clause » ; les coûts du contentieux en cas d'appréciation atomiste des composantes des imprimés seraient sensiblement accrus par rapport à ceux résultant d'une considération globale. Enfin, en termes d'opportunité, le critère préconisé nous paraît difficile à appliquer concrètement et excessivement susceptible d'être utilisé arbitrairement.

55. Troisièmement, la transposition de la procédure *FOA* à la *battle of the forms* n'implique pas nécessairement qu'elle produise les mêmes effets. En d'autres termes, l'objectif d'inciter les parties à rédiger des clauses tendanciellement « raisonnables » n'est pas garanti simplement grâce à l'application de la *reasonable shot rule*. En cas de *final offer arbitration*, les parties sont invitées à formuler une proposition pour résoudre le conflit tout en étant conscientes du critère de décision adopté par l'arbitre. Au contraire, en rédigeant ses conditions générales de contrat, l'entrepreneur ne cherche pas à éviter une potentielle *battle of the forms*, ou du moins là n'est pas son seul objectif. La « *race to the middle* » n'advient pas pour des sujets qui ignorent encore qu'un différend aura concrètement lieu.

56. Enfin, il ne reste que des considérations sur la théorie observée dans son ensemble, en relation à son opportunité et à son applicabilité en dehors des confins dans lesquels elle a été conçue. La *reasonable shot rule* se fonde sur le dogme selon lequel le juge serait compétent pour qualifier le « raisonnable » ; cette appréciation *in concreto* et *a posteriori* serait préférable à celle opérée *in abstracto* et *a priori* par le législateur en

¹¹³ Cf. O. BEN-SHAHAR, « An Ex-Ante View of the Battle of the Forms: Inducing Parties to Draft Reasonable Terms », préc., p. 358 et s.

¹¹⁴ La réflexion est de A. MONTI, « A comment on 'An Ex-Ante View of the Battle of the Forms: Inducing Parties to Draft Reasonable Terms' by Omri Ben-Shahar », 25 *Int. Rev. Law Econ.* 2005, p. 375 et s.

prévoyant les dispositions supplétives que le juge est appelé à appliquer. On assiste à ce dernier phénomène dans tous les systèmes qui se réfèrent à la *knock out rule* chaque fois que les clauses contradictoires sont effacées du contrat. Nous ne partageons pas cette approche. Si les risques d'abus dans l'application arbitraire de cette règle ne semblent pas suffisants à mettre en discussion son opportunité, d'aucuns ne sauraient nier que la sécurité juridique¹¹⁵ subirait un affaiblissement. Le fait que la rencontre des consentements des parties sur le contrat soit incomplète n'autorise pas à l'intégrer en recourant à la volonté du juge.

57. Ces réflexions se lient au discours sur l'aptitude de cette thèse à constituer un modèle pour des ordres juridiques autres que l'ordre américain. En effet, le rôle confié au juge par la *reasonable shot doctrine* s'explique par le fait qu'elle a été élaborée pour un système de droit judiciaire et pour cette même raison, un ordre juridique de *civil law* ne pourrait pas conceptuellement accepter que le juge forge le contenu contractuel en désignant les termes des imprimés qui sont raisonnables et ceux qui le sont pas. Ainsi, les doutes sur le caractère discrétionnaire des décisions et sur l'insécurité juridique conséquente deviendraient des certitudes¹¹⁶. En outre, bien que séduisante, la thèse que nous analysons ne nous paraît pas suffisamment complète pour résoudre réellement le conflit des conditions générales. Seule la question du contenu contractuel est prise en considération, en oubliant le problème de l'existence du contrat. Si ceci ne constituerait pas un obstacle à son application aux États-Unis, où l'*UCC* a déjà opéré le passage de la *mirror-image rule* à la *deal-is-on philosophy*, il n'en serait pas de même pour tous les systèmes où le principe de coïncidence entre offre et acceptation connaît encore une application stricte.

CONCLUSION

58. La bataille des conditions générales de contrat convie inévitablement à réfléchir sur le principe de coïncidence nécessaire entre l'offre et l'acceptation. L'issue du conflit est directement liée à l'application nuancée de cette règle. Là où le droit positif impose aux parties de respecter ladite *mirror-image rule*, une tendance se manifeste de nature soit

¹¹⁵ Toutefois, pour une critique de cette notion, cf. M. BOUDOT, « Le slogan sécuritaire », in *La sécurité juridique*, 10^{ème} congrès de l'AIMJ, Sherbrooke, octobre 2007, à paraître ; et, plus en général, *Le dogme de la solution unique. Contribution à une théorie de la doctrine en droit privé*, thèse Aix-Marseille, 1999.

¹¹⁶ G. WEISZBERG, « Le 'raisonnable' en droit du commerce international », préc., n° 610, considère que « le 'raisonnable' est l'archétype du discrétionnaire, et certainement l'un des concepts les plus arbitraires qui soit ».

jurisprudentielle soit doctrinale qui vise à introduire des correctifs aptes à permettre à l'accord de rester en vie. Dans les systèmes juridiques ayant mené une réflexion consciente et organique sur la bataille des conditions générales, tels l'Allemagne et les États-Unis, l'évolution qui se dessine consiste à remplacer la règle de la coïncidence par la *deal-is-on philosophy*, en lui associant comme corollaire pour la détermination du contenu contractuel la *knock out rule*, la règle de l'élimination des clauses contradictoires. En fournissant une solution, tant au problème de l'*an* qu'à celui du *quomodo* du contrat, plus cohérente avec les dynamiques des échanges entre les sujets économiques, ce modèle s'avère, à juste titre¹¹⁷, être dominant. Ceci se traduit par un accueil toujours plus explicite dont il bénéficie sur les plans tant européen qu'international¹¹⁸.

59. Une telle tendance ne représente pas simplement une manifestation du principe générique du *favor contractus*¹¹⁹. Elle trouve sa raison d'être dans la reconnaissance de la spécificité de la bataille entre conditions générales de contrat eu égard au modèle contractuel de droit commun. L'économiste rappelle au juriste que « *le contrat doit à la fois être rigide et flexible* »¹²⁰. La flexibilité réclame que dans les rapports entre entrepreneurs, sur les exigences de certitude qui sont à la base de la *mirror-image rule*, prévalent celles de protection de la croyance légitime en l'existence du

¹¹⁷ Contra, C. DELFORGE, « Le conflit né de la confrontation de conditions générales contradictoires et son incidence sur la formation des contrats », préc., p. 550, qui est favorable à une combinaison de la *last shot doctrine* et de la *knock out doctrine*.

¹¹⁸ Toutefois, le Code européen des contrats rédigé par l'Académie des privatistes européens de Pavie, en prévoyant à l'article 16, alinéa 7 la notion de modification des aspects marginaux du rapport, ne résout pas la bataille entre les clauses générales de contrat. Un tel article dispose, en effet, qu'en cas de clauses différentes, le contrat est conclu dans un sens conforme à l'acceptation, dans la mesure où celle-ci n'apporte pas de modification substantielle à l'offre et l'offrant ne communique pas promptement son désaccord. Et, l'article 33 portant sur les conditions générales de contrat ignore la question. La formation du contrat s'anticipe ainsi, du moment de l'exécution à celui de l'accord sur les *essentialia negotii*. Mais, l'application de la *last shot rule* est maintenue et les conditions générales ne sont pas qualifiées comme des « aspects marginaux ». Ce qui se rapproche à l'évidence du modèle français.

Il est intéressant de noter qu'un système juridique en profonde mutation tel que le système chinois ne soit resté étranger à de telles réflexions. Même si l'on note l'influence des modèles occidentaux, *in primis* du modèle allemand, sur les récentes réformes en matière de droit privé, la loi sur les contrats de 1999 n'a pas accueilli la *Restgültigkeitstheorie*. Le système chinois s'est modelé sur le Code européen des contrats, en introduisant seulement en annexe à l'article 30, une liste des cas de modification substantielle du contenu du contrat : *The Contract Law of the People's Republic of China*, Foreign Languages Press, 1999.

¹¹⁹ A.M. MUSY, « Formation of contracts », préc., p. 266, interprète la *knock out rule* comme l'indice d'un *favor contractus* implicite dans les Principes d'Unidroit.

¹²⁰ Avec beaucoup de liberté, nous extrayons un passage d'une argumentation différente, mais qui se prête ici à notre développement : v. E. BROUSSEAU, « L'économiste, le juriste et le contrat », in *Le contrat au début du XXI^e siècle. Etudes offertes à J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 172.

rapport contractuel¹²¹. En revanche, la rigidité requiert que le critère pour déterminer le contenu contractuel soit certain, connu à l'avance par les parties, et appliqué de manière uniforme par les juges.

¹²¹ En ce sens, G. PATTI – S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, in P. SCHLESINGER (dir.), *Il Codice civile. Commentario*, Giuffrè, 1993, p. 351.