

L'offre de contracter et la formation du contrat¹ (1^{ère} partie)

Catherine DELFORGE²

RÉSUMÉ

L'offre est une déclaration de volonté unilatérale par laquelle une personne s'engage à conclure un contrat aux conditions qu'elle précise. Si la définition paraît limpide, elle n'en reste pas moins délicate à appliquer dans les faits. Après avoir rappelé les éléments constitutifs de l'offre, ainsi que les modalités de sa preuve, l'auteur propose un examen de quelques situations particulières. Il s'attache ensuite à l'étude des deux effets de l'offre. En ce qui concerne sa force obligatoire, la question des sanctions du retrait est particulièrement étudiée. Quant à l'octroi au destinataire d'un droit à la formation du contrat, l'auteur envisage successivement les conditions d'une acceptation "formatrice" et la question, classique, du moment et du lieu de la conclusion du contrat.

SAMENVATTING

Het aanbod is een eenzijdige wilsuiting waardoor een persoon zich ertoe verbindt een overeenkomst af te sluiten tegen de voorwaarden die hij meedeelt. Deze definitie lijkt weliswaar helder, toch blijft de toepassing ervan in de feiten erg netelig. De auteur brengt eerst in herinnering welke de wezenlijke bestanddelen van het aanbod zijn, alsook hoe het bewijs ervan kan worden geleverd. Vervolgens bestudeert zij enkele bijzondere gevallen. In verband met de bindende aard van het aanbod besteedt de auteur bijzondere aandacht aan de sancties die voorhanden zijn wanneer het aanbod wordt ingetrokken. Kan de persoon voor wie het aanbod was bestemd het recht worden toegekend om de overeenkomst tot stand te brengen? In dat verband onderzoekt de auteur achtereenvolgens de voorwaarden van een 'tot stand brengende' aanvaarding en de klassieke vraag van het tijdstip en de plaats waarop de overeenkomst wordt afgesloten.

Introduction. Malgré le silence du Code civil³, la jurisprudence et la doctrine posent une série de règles destinées à fixer le cadre dans lequel doivent s'épanouir les négociations et au respect desquelles la liberté des négociateurs demeure soumise.

Leur étude a maintes fois été menée, sans pourtant que ne prévale le sentiment que la matière est parfaitement maîtrisée et que toutes ses arcanes théoriques ont été explorées. C'est que la variété et la complexité des questions que cette matière recèle appellent à reconsidérer ce qui fait le contrat et le cadre normatif qui lui est classiquement attribué. Étudier la phase de formation du contrat, c'est aussi accepter de parcourir, sous un angle original, la plupart des questions qui jalonnent le droit des obligations. C'est enfin, et plus fondamentalement, inviter le juriste à s'interroger sur les valeurs sous-jacentes à la conception qu'il se fait du "contrat" et du "consentement". La matière constitue ainsi, à n'en pas douter, une source inépuisable de réflexion.

L'attrait particulier du sujet nous pousse à y revenir une nouvelle fois. Il s'agira cependant ici d'envisager la formation des contrats dans une perspective pratique, sinon "praticable", en tentant de répondre aux principales questions qui se posent aux praticiens du droit. Après avoir brièvement rappelé les modes de formation des contrats (I), nous envisagerons la définition et les caractéristiques de l'offre (II) pour ensuite nous attacher à l'étude de ses deux effets: la force obligatoire qu'elle revêt pour celui qui l'a émise (III), et son reflet pour celui qui la reçoit, à savoir l'octroi à celui-ci du droit de former le contrat (IV). Nous nous proposerons alors de clore notre étude par des considérations générales tenant notamment à l'évolution récente qui nous paraît transparaître de l'étude de la matière, à savoir l'importance croissante qui est reconnue au respect de la confiance légitime (V).

I. En guise de prélude: "les" modes de formation des contrats

1 La théorie classique. La théorie classique de la formation des conventions cautionne l'idée que le contrat se décomposerait nécessairement en la succession de deux volontés isolées convergeant à un moment précis dans le temps⁴. En ce sens, l'existence d'une offre et d'une acceptation pourrait toujours être dégagée. Dans cette perspective, l'offre présenterait le contenu obligationnel du contrat et ne se distinguerait de celui-ci que par le fait qu'elle ne porte le consentement que d'une seule des parties. De même, l'acceptation ne revêtirait une importance juridique que parce qu'elle fait chronologiquement suite à cette volonté première qu'elle prétend rejoindre, à tout le moins partiellement. Plus encore, l'idée semble de la sorte avalisée que la formation du contrat serait instantanée et que les parties basculeraient, en un temps, du néant au contrat⁵, du "non-droit" au "droit".

1. L'auteur remercie les établissements Bruylant et Larcier d'avoir autorisé la reproduction de certains passages des études suivantes: C. DELFORGE, "La formation des contrats sous un angle dynamique" et "Le conflit né de la confrontation de conditions générales contradictoires", *Le processus de formation du contrat, Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*; M. FONTAINE (sous la direction de -), Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 439 à 553; B. DE CONINCK et C. DELFORGE, "La rupture des négociations et le retrait intempestif de l'offre. Régime et sanctions", *Le processus de formation du contrat*; M. VANWUCK-ALEXANDRE et P. WÉRY (sous la direction de -), C.U.P., Bruxelles, Larcier, septembre 2004, Vol. 72, pp. 77 à 132.
2. Assistante au Centre de droit des obligations de l'UCL. Avocate au barreau de Bruxelles.
3. Le Code civil n'aborde en effet pas le mode et les conditions de la formation du contrat. Il se limite à envisager le contrat né et les éventuelles malformations dont il pourrait être atteint.

4. Voy. J. FLOUR, J.L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations, L'acte juridique*, Paris, Éd. Armand Colin, 2000, p. 87, n° 130. Voy. aussi R.J. POTHIER, *Traité des obligations*, n°4.
5. Voy. pour une approche philosophique intéressante G. DE STEXHE, "Négociation: le degré zéro et l'événement", in *Droit négocié, droit imposé?*; Fr. OST et Ph. GÉRARD (sous la direction de -), Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1996, 703 p., p. 197.



2 L'inadéquation de la théorie classique au regard de certaines situations. À la suite d'éminents auteurs⁶, parmi lesquels en particulier le Professeur Marcel FONTAINE⁷, l'insuffisance d'une telle approche a été soulignée⁸. Les plus récents instruments internationaux⁹ le confirment en se distançant, quoique dans une mesure variable, de l'approche traditionnelle et séquentielle de la formation des accords et en admettant que le contrat puisse se former "autrement" que par la rencontre d'une offre et d'une acceptation.

La négociation des contrats complexes ou de longue durée témoigne souvent du caractère trop simpliste de la vision traditionnelle selon laquelle le contrat se formerait nécessairement par la rencontre d'une offre et d'une acceptation. Lors de telles négociations, le contrat paraît davantage se construire progressivement. Des discussions ont cours, des propositions sont émises, des concessions sont accordées parfois même au prix de la remise en cause d'une parole précédemment donnée, des compléments d'informations sont demandés, des dépenses engagées et, le cas échéant, des actes d'exécution posés ... Cette succession d'actes et de comportements rend dans certains cas problématique la détermination précise du moment où se sont rencontrés les consentements. Elle aiguise la difficulté, tant pour les juges que pour les parties, de détacher, de manière artificielle, l'expression d'une offre et d'une acceptation.

Cette difficulté se renforce lorsque prennent place autour de la table des négociateurs non-juristes ou ne pouvant faire valoir leur capacité à engager seuls la personne morale qu'ils représentent. Pour les premiers, le moment de la conclusion du contrat est souvent différent de celui qu'aurait

pointé la règle juridique. Pour les seconds, le moment où ils paraissent avoir obtenu ce qu'ils attendaient de part et d'autre – et où le droit aurait dès lors pu conclure à la formation du contrat –, se trouvera souvent reporté au moment où l'accord final sera donné par l'organe compétent.

3 Hésitations jurisprudentielles. La jurisprudence tente également de se faire le relais de la réalité de telles négociations. C'est en particulier le cas lorsqu'elle constate la conclusion d'accords qui, bien que de nature contractuelle, n'atteignent pourtant pas encore la perfection du contrat négocié. La prise en compte des accords partiels, véritables prémices à la naissance du contrat en projet, l'atteste notamment.

Un malaise reste cependant palpable lorsqu'il ne fait aucun doute que la volonté des parties était orientée sur les éléments essentiels du contrat en projet – circonstance qui, selon la doctrine, devrait suffire à constater la conclusion du contrat –, mais que ne peut être dégagé avec certitude le moment où chacun des consentements s'est détaché des autres manifestations de volonté issues des pourparlers¹⁰. La démarcation des deux consentements constitutifs du contrat et le moment de leur rencontre seraient-ils décisifs pour pouvoir constater la naissance du contrat¹¹? En d'autres mots, le détour par les notions d'offre et d'acceptation est-il un détour "obligatoire" pour le juge ou s'agit-il d'une explication doctrinale destinée uniquement à clarifier certaines situations qui s'y prêtent plus aisément?

La seconde alternative s'impose d'évidence. La question méritait cependant d'être posée, à tout le moins en ce qu'elle permet de souligner la pertinence d'une explication concurrente à la théorie de l'offre et de l'acceptation.

4 Admission d'une explication concurrente. Admettre que le contrat puisse se former *autrement* que par la rencontre d'une offre et d'une acceptation permet de suppléer aux carences de la théorie classique en considérant que toutes les fois que les volontés des parties ne peuvent être arrêtées de manière précise et être appréhendées par référence aux concepts traditionnels, le juge pourra néanmoins constater l'existence du contrat et la rencontre des volontés. La jurisprudence devrait prendre en compte cette approche qui se veut réaliste, davantage orientée sur le vécu des négociateurs que sur les concepts juridiques dans lesquels il serait censé se fondre.

6. Voy. not. A. LAUDE, "Le constat judiciaire des pourparlers", *R.T.D. Com.* 1998, pp. 551 et s.; CHESHIRE, FIFOOT & FURMSTON, *Law of Contract*, London, Butterworths, 1998, p. 30; H. KÖTZ et A. FLESSNER, *European Contract Law, Volume I, Formation, Validity and Content of Contracts; Contracts and Third Parties*, Oxford, Clarendon Press, 1997, p. 16; E.A. FARNSWORTH, *United States Contract Law*, 1991, p. 81; J. BONELL, "Formation of contracts and precontractual liability under the Vienna Convention on International Sale of Goods", in *Formation of contracts and Precontractual Liability*, I.C.C., 1990, spécialement pp. 161-162; G.H. TREITEL, *The Law of contract*, London, Stevens, 1970, p. 11, 45-47.
7. Voy. en particulier M. FONTAINE, "Offre et acceptation, approche dépassée du processus de formation des contrats?", *Mélanges à P. Van Ommeslaghe*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 115 à 133; M. FONTAINE, "La formation des contrats. Codifications récentes et besoins de la pratique", *Liber Amicorum Commission Droit et Vie des Affaires, 40^{ème} anniversaire (1957-1997)*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 685 et s.
8. Voy. notre contribution in *Le processus de formation du contrat*, o.c., 2002, pp. 449 et s.
9. Voy. not. l'art. 2.1 des Principes Unidroit ("le contrat se conclut soit par l'acceptation d'une offre soit par un comportement des parties qui indique suffisamment leur accord") et 2-212 des Principes du droit européen du contrat ("quand bien même le processus de conclusion d'un contrat ne pourrait s'analyser en une offre et une acceptation, les règles de la présente section s'appliquent avec les adaptations appropriées"). Voy. également le § 2-204 de l'*Uniform Commercial Code* américain selon lequel "a contract for sale of goods may be made in any manner sufficient to show agreement, including conduct by both parties which recognizes the existence of such a contract" et "an agreement sufficient to constitute a contract for sale may be found even though the moment of its making is undetermined".

10. Voy. not. Liège 28 février 1997, *J.T.* 1997, pp. 392 et s. qui admet que "lorsque les parties poursuivent de longues négociations, il n'est pas toujours évident de déterminer le moment où le contrat se forme, le juge du fond appréciant dans chaque cas d'espèce et en tenant compte de tous les éléments de la cause si les parties ont eu l'intention de conclure un contrat". En l'espèce, le tribunal ne retiendra cependant que l'existence d'un accord de principe.
11. Comp. avec H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, pp. 487 et s. et p. 507, n° 514 selon qui "l'offre ou sollicitation est un stade précontractuel qu'on retrouve dans la formation de tous les contrats". Voy. également Comm. Bruxelles 30 juin 1995, *T.R.V.* 1996, p. 513. Voy. aussi Civ. Malines 16 novembre 1993, *Pas.* 1993, III, p. 43 qui conclut à l'absence de contrat dès lors que le moment de sa formation n'a pu être déterminé.



Cela étant, il convient de ne pas surestimer ce qui n'est finalement qu'un simple constat dont les conséquences concrètes demeurent d'importance souvent secondaire pour les négociateurs eux-mêmes.

Il nous paraissait néanmoins utile de souligner que même si notre propos demeurera orienté sur l'approche dite classique, nous n'occultons pas la possibilité d'une construction progressive des volontés, et, dès lors, d'une accession graduelle de l'intention subjective dans le champ du droit.

II. Notion et caractéristiques de l'offre

A. Définition et éléments constitutifs

5 Définition. L'offre constitue une proposition unilatérale de contracter, définitive et complète, et à laquelle il ne manque plus que l'acceptation de son destinataire pour que le contrat qu'elle tient en germe se forme¹².

Cette définition, inspirée de l'enseignement d'Henri DE PAGE¹³ et confirmée par la Cour de cassation¹⁴, renferme en réalité des éléments touchant à trois plans différents d'analyse. La définition ainsi proposée met tout d'abord en exergue la nature profonde de l'offre, à savoir son caractère unilatéral, lequel permet principalement de la distinguer de la promesse. Elle insiste ensuite sur les deux composantes essentielles de l'offre, à savoir sa fermeté et sa précision, éléments dont la présence permettra d'écarter de cette qualification juridique les autres initiatives, non contraignantes, pouvant être formulées dans le cadre des négociations précontractuelles. Elle précise enfin les deux effets de l'offre: d'une part, son effet principal qui est d'amorcer la conclusion du contrat en le laissant éclore par la seule rencontre d'une volonté concordante et, d'autre part, son effet "propre" qui est de contraindre son auteur à son maintien.

6 Plan. Le droit subordonne la qualité d'offre à la réunion de trois conditions cumulatives que nous envisagerons dans les lignes qui suivent. Comme nous le verrons, la proposition doit, tout d'abord, renfermer au minimum les éléments essentiels et essentialisés du contrat en projet (1). Dans la mesure où l'offre constitue en principe l'ultime manifestation de volonté d'un des contractants, il paraît logique d'exiger que le contrat y apparaisse en filigrane. Mais la seule précision du contenu matériel de l'offre ne saurait suffire. Il conviendra en effet que le juge s'assure également que le proposant s'y engage, et ce de manière définitive (2). Cette condition s'impose d'évidence dans un système volontariste et consensualiste. Nous verrons pourtant que cette question se révèle particulièrement problématique dans la pratique. L'offre devra enfin avoir été extériorisée et, en ce sens, avoir quitté la sphère privée de son auteur pour accéder à celle de son ou ses destinataires (3).

Il n'est probablement pas inutile de préciser d'emblée que chacune de ces conditions devra être examinée par le juge au regard de chaque situation particulière. De même, il reviendra à celui-ci de motiver, tant en fait qu'en droit, le rejet d'une quelconque de ces composantes, pareil rejet faisant obstacle à la qualification d'offre.

1. L'élément matériel de l'offre: l'exigence de précision

7 Le principe. L'offre doit être complète¹⁵. Cette exigence va de soi si l'on admet, comme c'est le cas en droit belge, que le contrat se forme dès la rencontre d'une offre et d'une acceptation¹⁶. On concevrait en effet difficilement qu'un juge puisse déclarer le contrat conclu alors que le contenu obligationnel minimal de celui-ci n'a pas été précisé dans la manifestation de volonté qui l'a initié¹⁷. En ce sens, l'offre doit constituer "une préfiguration de la situation contractuelle à venir"¹⁸.

8 Le contenu minimal de l'offre: une précision des seuls éléments "essentiels" et "substantiels". L'exigence

12. M. VANWIJCK-ALEXANDRE et A. MAHY-LECLERCQ, "Le processus de formation du contrat: aspects juridiques", *La négociation immobilière: l'apport du notariat*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 145-146. Voy. également T. STAROSSELETS, "Offre et acceptation: principes et quelques questions spéciales", *Le processus de formation du contrat*, C.U.P., septembre 2004, Vol. 72, pp. 11 et s., n°s 2 et s.

13. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, Tome II, pp. 491 et s., n°s 499 et s. Cette définition est désormais unanimement reprise par la doctrine. Voy. notamment M. COIPEL, *Éléments de théorie générale des contrats*, Diegem, Kluwer, 1999, pp. 41 et s.; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, "Chronique de jurisprudence. Les obligations: les sources (1985-1995)", *J.T.* 1996, pp. 714 et s.; B. WYLLEMAN, "Kanttekeningen bij de leer van de bindende kracht van het aanbod", *R.G.D.C.* 1994, p. 467, n° 10; L. CORNELIS, "La responsabilité précontractuelle, conséquence éventuelle du processus précontractuel", *R.G.D.C.* 1990, p. 393; Fr. T'KINT, "Négociation et conclusion du contrat", *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Conférence du Jeune Barreau, 1984, pp. 30 et s.; L. CORNELIS, "Het aanbod bij het totstandkomen van overeenkomsten", *R.D.C.B.* 1983, pp. 6-47. Voy. enfin en France J. FLOUR, J.L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, I. L'acte juridique*, Paris, Éd. Armand Colin, 2000, p. 88, n° 132.

14. Cass. 23 septembre 1969, *Pas.* 1970, I, 73 et *R.C.J.B.* 1971, pp. 216 et s. avec une note de Y. SCHOENTJENS-MERCHERS, "Propositions, pourparlers et offres de vente", *R.C.J.B.* 1971, pp. 224 et s.

15. Y. SCHOENTJENS-MERCHERS, *o.c.*, *R.C.J.B.* 1971, p. 28; H. DE PAGE, *o.c.*, n° 520; T. STAROSSELETS, *o.c.*, *Le processus de formation du contrat* 2004, pp. 18 et s., n°s 7 et s. Voy. également Bruxelles 25 octobre 2001, *R.N.B.* 2002, pp. 233 et s., spéc. pp. 243-244.

16. L. HENEBICQ et M.P. WOUTERS, *Les Nouvelles, Droit civil*, IV, p. 98, n° 189; P. VAN OMMELAGHE, "Examen de jurisprudence (1974 à 1982). Les obligations", *R.C.J.B.* 1986, spéc. pp. 133 à 166, n°s 1 à 70; Fr. T'KINT, *o.c.*, *Les obligations contractuelles* 1984, pp. 31-32; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, *o.c.*, *J.T.* 1996, p. 708, n° 48; M. COIPEL, *o.c.*, *Éléments de théorie générale des contrats*, 1999, pp. 41 et s.; R. TIMMERMAN, "Ne faudrait-il pas réserver le privilège de l'authenticité exclusivement aux notaires?", note sous Bruxelles 25 octobre 2001, *R.N.B.* 2002, pp. 251-265, spéc. p. 253.

17. Certains tribunaux sanctionnent ce manque de précision en déclarant l'offre "nulle" (Liège 29 novembre 1994, *Act. dr.* 1996, p. 615 précité.). Le parallélisme avec ce qui est admis en matière de contrat justifie une telle conclusion. Pourtant, les principes relatifs à l'exigence de précision de l'offre poussent à une position plus nuancée. L'absence de détermination – ou de déterminabilité – de l'objet de l'engagement de l'offrant devrait en effet logiquement avoir pour conséquence que l'offre n'accèdera pas à l'ordonnement "juridique". L'inexistence paraîtrait dès lors davantage s'imposer que la nullité. La question mériterait probablement réflexion.

18. J.L. AUBERT, *Notion et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, Paris, L.G.D.J., 1970, p. 14.



de précision renvoie plus concrètement à l'obligation qui s'impose au juge de vérifier si la proposition qui lui est soumise pour qualification renferme les éléments essentiels du contrat dont la conclusion est projetée¹⁹. Il s'agit, en d'autres termes, de s'assurer en amont que l'objet du contrat est certain, condition de validité par ailleurs imposée par l'article 1108 du Code civil²⁰. On enseigne traditionnellement que la précision de ces seuls éléments constitue une condition nécessaire²¹, quoique pas toujours suffisante, de l'élément matériel exigé.

Sont considérés comme essentiels, les éléments nécessaires à la réalisation de l'objet du contrat tel qu'il a été envisagé par les parties²². Il s'agit donc de l'objet des prestations caractéristiques du contrat; celles qui se servent mutuellement de contreparties. Lorsque le contrat est nommé, ces prestations sont généralement définies par le législateur, ou peuvent à tout le moins se déduire des textes légaux applicables. Lorsque le contrat est au contraire innommé, il appartient au juge de préciser quels éléments doivent être

considérés comme "caractéristiques" au regard du but économique poursuivi par les parties et des usages.

Sont qualifiés de "substantiels" les éléments accessoires élevés au rang d'éléments essentiels par la volonté d'une au moins des parties, que cette volonté ait été clairement exprimée ou qu'elle puisse être présumée en vertu des usages²³. Le principe de l'autonomie de la volonté admet en effet que les parties érigent elles-mêmes certains éléments, légalement accessoires, en points déterminants de leur consentement, à la condition cependant que leur importance ait été connue de l'autre partie²⁴. Il en sera en particulier ainsi lorsque l'une des parties conditionne son consentement à un accord quant aux modalités du contrat en projet, comme les modalités de paiement ou de livraison ou encore les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité. Ces éléments devront alors également figurer dans l'offre²⁵ ou à tout le moins pouvoir y être intégrés de manière certaine.

La doctrine enseigne traditionnellement que, lorsqu'ils n'ont pas été "essentialisés" par les parties et ne peuvent l'être en vertu des usages, les éléments accessoires ne doivent pas nécessairement être le réceptacle de l'accord des deux parties pour parfaire le contrat²⁶. Ils ne devraient ainsi pas nécessairement figurer dans l'offre pour qu'elle puisse être qualifiée de telle. À défaut d'accord quant à leur contenu, le contrat sera néanmoins conclu par une acceptation conforme. L'éventuelle lacune résultant de leur absence de détermination sera quant à elle comblée, à défaut d'entente

19. Cass. 1^{er} février 1982, *Pas.* 1982, I, p. 690; Cass. 9 mai 1980, *Pas.* 1980, I, p. 1127; P. VAN OMMESELAGHE, *o.c.*, *R.C.J.B.* 1986, pp. 134-135, n° 52.
20. *R.P.D.B.*, v° *Contrat et convention en général*, p. 7, n°s 41 à 47.
21. Civ. Mons 15 mars 2000, *J.L.M.B.* 2001/30, pp. 1309-1315, spéc. p. 1311. Voy. également l'affaire "Kladaradatsch": Civ. Bruxelles (réf.) 13 avril 2001, *J.T.* 2001, p. 416 et Bruxelles 25 octobre 2001, *J.T.* 2002, p. 66. À défaut de précision des éléments essentiels du contrat, la proposition ne pourra donc jamais être qualifiée d'offre et l'adhésion de son destinataire sera impuissante à former le contrat. Ainsi, la chose et son prix devront au minimum être précisés pour conclure à la présence d'une offre de vente (Liège 29 novembre 1994, *Act. dr.* 1996, 615 et note G. BERTHOLET; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, par A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, Tome IV, 1997, p. 34). D'une manière plus générale, il conviendra toujours de constater la précision de l'objet de la prestation caractéristique ainsi que son prix (comp. Cass. 10 octobre 2003, R.G. C.02.0486.F en ce qui concerne un contrat d'entreprise). Voy. également en France: J. MESTRE, "Et un accord sur les éléments essentiels", *R.T.D. Civ.* 1996, pp. 144-145 commentant Versailles, 14 septembre 1995, *inédit*. L'"acceptation" d'une proposition qui ne peut être qualifiée d'offre au sens juridique du terme pourra le cas échéant avoir formé un contrat distinct du contrat définitif, comme un accord de principe ou un accord partiel. Voy. en ce sens Liège 28 février 1997, *J.T.* 1997, pp. 392 et s.; T. STAROSSELETS, *o.c.*, *Le processus de formation du contrat*, 2004, p. 20, n° 8; B. HANOTIAU, "Formation du contrat: les éléments caractéristiques de la convention", *Le contrat en formation*, A.B.J.E., 1987, p. 101. Pour la portée qu'il convient de reconnaître à de tels accords, voy. not. B. DE CONINCK et C. DELFORGE, "La rupture des négociations et le retrait intempestif de l'offre. Régime général et sanctions", *Le processus de formation du contrat*, C.U.P., septembre 2004, Vol. 72, pp. 96 et s., n°s 16 et s.
22. B. WYLLEMAN, *o.c.*, *R.G.D.C.* 1994, pp. 468-473; M. VANWIJCK-ALEXANDRE et A. MAHY-LECLERCQ, *o.c.*, *La négociation immobilière: l'apport du notariat*, 1998, pp. 107 et s.; P.A. FORIERS, "L'objet et la cause du contrat", *Les obligations contractuelles*, Éd. du Jeune Barreau, 1984, pp. 124-138; P. VAN OMMESELAGHE, *o.c.*, *R.C.J.B.* 1975, p. 490, n° 41 (citant Cass. 2 octobre 1968, *Pas.* 1969, I, p. 129); B. HANOTIAU, *o.c.*, *Le contrat en formation*, A.B.J.E., 1987, p. 101, n° 4 (selon qui il s'agit des "éléments qui, d'après la nature de la convention, sont fondamentaux pour que celle-ci puisse être conclue avec ses caractères propres"); T. STAROSSELETS, *o.c.*, *Le processus de formation du contrat* 2004, p. 18, n° 7. Voy. J. FLOUR, J.L. AUBERT et E. SAVAUX, *o.c.*, *Droit civil* 2000, p. 89, n° 133 (selon qui il s'agit des éléments "à défaut desquels il serait impossible de savoir quelle sorte de convention est envisagée"). Voy. pour des exemples Liège 28 février 1997, *J.L.M.B.* 1998, pp. 180 et s.; Cass. 1^{er} février 1982, R.G. 79/28138 (contrat de travail); Civ. Bruges 5 mai 1993, *R.W.* 1994-95, col. 1300.

23. Fr. GLANSORFF, "La définition et les caractéristiques du contrat à prestations successives", *La vie du contrat à prestations successives*, Bruxelles, Éd. du Jeune Barreau, 1991, pp. 27-28 et les références citées; J. DE GAVRE, P.A. FORIERS, et L. SIMONT, "Examen de jurisprudence (1981-1991). Les contrats spéciaux", *R.C.J.B.* 1995, p. 113, n° 2; T. STAROSSELETS, *o.c.*, *Le processus de formation du contrat*, 2004, pp. 21 et s., n° 10. Selon certains auteurs (voy. B. HANOTIAU, *o.c.*, *Le contrat en formation*, A.B.J.E., 1987, p. 102), tout élément accessoire ne peut accéder au stade d'élément "substantiel". Il ne le pourrait que si, outre son entrée dans le champ contractuel, il affecte l'économie globale du contrat, en ce sens qu'il intervient dans "l'équilibre économique des contre-prestations".
24. B. WYLLEMAN, *o.c.*, *R.G.D.C.* 1994, pp. 475 et s.; W. DE BONDT, "Precontractuele aansprakelijkheid", *R.G.D.C.* 1993, pp. 103-105. Voy. également Comm. Charleroi 24 juin 1998, *J.L.M.B.* 1999, p. 1757; Bruxelles 14 juin 1984, *R.D.C.* 1985, p. 472 et note. Dans l'arrêt du 14 juin 1984, la Cour d'appel de Bruxelles a considéré que la liberté de conclure ou de ne pas conclure un contrat constituant le "droit commun", l'intention de s'obliger sur un élément du contrat projeté lors des négociations ne se présume pas. Le doute doit dès lors s'interpréter en faveur du débiteur. Ainsi, lorsque la volonté des parties ne s'est pas clairement exprimée, il conviendrait de rechercher quelle a été leur commune intention, notamment en vérifiant si les éléments substantiels du contrat ont fait ou non l'objet d'un accord et en analysant le déroulement des négociations.
25. Sur cette question, voy. not. M. VANWIJCK-ALEXANDRE, *o.c.*, 1980, pp. 35 et s. Voy. en ce qui concerne la vente: Y. SCHOENTJES-MERCHIERS, *o.c.*, *R.C.J.B.* 1971, pp. 225-226, n° 4; Ph. VAN DE WIELE, *Vente d'immeubles et agents immobiliers*, De Boeck, Perspectives immobilières, 1993, p. 29.
26. Voy. not. P. VAN OMMESELAGHE, *o.c.*, *R.C.J.B.* 1975, p. 491, n° 39; *R.P.D.B.*, v° *Contrat et convention en général*, p. 12, n°s 137 et 143; E. MONTÉRO, note sous Civ. Namur 26 avril 1990, *R.R.D.* 1990, p. 489; M. VANWIJCK-ALEXANDRE et A. MAHY-LECLERCQ, *o.c.*, *La négociation immobilière: l'apport du notariat*, 1998, p. 107 et les références citées; T. STAROSSELETS, *o.c.*, *Le processus de formation du contrat* 2004, pp. 20 et s., n° 9.



ultérieure, par l'application des dispositions contenues dans le Code civil ou les lois particulières. Ainsi, les points accessoires peuvent être précisés ultérieurement – le cas échéant grâce à une nouvelle négociation – sans contrarier le processus de formation du contrat.

2. L'élément psychologique de l'offre: l'exigence de fermeté

9 Le principe. L'offre doit être ferme en ce sens qu'elle doit manifester la volonté *définitive* de son auteur d'être lié en cas d'acceptation²⁷. Ainsi est-il requis que celui qui émet une telle proposition "soit décidé, en cas d'acceptation, à s'obliger contractuellement"²⁸.

Cette condition, trop souvent oubliée ou déduite de la seule précision de la proposition²⁹, devrait au contraire être appréciée dans chaque cas d'espèce. Par application des règles générales gouvernant l'interprétation des actes juridiques, l'intention réelle de l'offrant devrait également être privilégiée³⁰. C'est au juge du fond qu'il reviendra d'apprécier souverainement et en fait l'existence et la portée des manifestations de volonté, sous la seule limite qu'il ne peut violer la foi due aux actes dont cette dernière procède³¹.

10 Les réserves³². L'exigence de fermeté pose la question de la possibilité de qualifier d'offre une proposition faite avec réserve, c'est-à-dire une proposition énonçant elle-même certaines restrictions à son application. On enseigne traditionnel-

lement que le fait pour l'offrant d'émettre certaines réserves ne prive pas l'offre de sa qualification juridique³³. L'offrant reste dans ce cas lié dans les limites de son engagement et il n'en ira autrement que si la réserve est formulée de manière tellement générale qu'elle semble porter sur l'objet même du contrat ou sur une condition qui lui est essentielle ou substantielle. La qualification juridique de l'offre ne sera dès lors exclue que si le proposant s'est réservé, implicitement ou explicitement, la faculté de choisir la personne de son contractant³⁴ ou, plus généralement, de ne pas conclure le contrat³⁵.

Il est notamment permis de distinguer les réserves en fonction de leur nature et, en ce sens, de distinguer les réserves "objectives" et les réserves "subjectives"³⁶. Les premières visent les restrictions tendant "à soumettre la conclusion du contrat à des conditions qui ne dépendent pas de la seule volonté de l'offrant"³⁷. Les réserves subjectives, aussi dénommées "réserves d'agrément" lorsqu'elles conditionnent le choix de la personne du contractant, subordonnent quant à elles la formation du contrat à la volonté discrétionnaire du proposant. En raison de leur caractère purement potestatif, elles sont incompatibles avec une volonté ferme de s'engager et ont nécessairement pour effet de disqualifier l'offre en une proposition non contraignante.

11 La réserve subjective expresse. La réserve subjective peut être expresse. Ainsi, est-il fréquent de trouver, dans des propositions de contracter, des clauses *exprimant* le refus de l'offrant d'être engagé juridiquement. C'est notamment le cas

27. Fr. T'KINT, *o.c.*, *Les obligations contractuelles* 1984, pp. 32-34; P. VAN OMMELAGHE, *o.c.*, *R.C.J.B.* 1986, pp. 134-139; M. VANWIJCK-ALEXANDRE et A. MAHY-LECLERCQ, *o.c.*, *La négociation immobilière: l'apport du notariat* 1998, p. 147, n° 26; M. COIPEL, *o.c.*, *Éléments de théorie générale des contrats* 1999, p. 42, n° 56. Voy. aussi Cass., 23 septembre 1969, *R.C.J.B.*, 1971, Spéc. p. 222 (qui requiert "l'émission définitive d'une des volontés en présence qui ne doit plus qu'être acceptée").

28. Fr. T'KINT, *o.c.*, *Les obligations contractuelles* 1984, p. 32.

29. Voy. not. Bruxelles 14 juin 1984, *R.D.C.* 1985, p. 472.

30. Quant à l'interprétation des actes juridiques, voy. en particulier P. VAN OMMELAGHE, "Examen de jurisprudence (1974-1982). Les obligations", *R.C.J.B.* 1986, pp. 170 et s.; R. KRUTHOF, H. BOC-KEN, F. DE LY et B. DE TEMMERMAN, "Overzicht van rechtspraak (1981-1992). Verbintenissen", *T.P.R.* 1994, pp. 447-448; W. DE BONDT, "Uitlegging van overeenkomsten naar de geest: mogelijkheden, grenzen en alternatieven", *R.W.* 1996-97, pp. 1001-1017; W. DE BONDT, "Uitlegging van eenzijdige contractuele documenten", *R.G.D.C.* 2001, pp. 127-144. Voy. également Cass. 19 février 1987, *R.G.A.R.* 1989, p. 11.505 et *Pas.* 1987, I, p. 738.

31. Cass. 27 mai 2002, *R.G.* C.99.0051.N; Cass. 27 octobre 2000, *R.G.* C.98.0554.N, disponibles sur le site *Juridat.be*. Voy. également Cass. 10 janvier 1994, *Arr. Cass.* 1994, p. 16; Cass. 24 mars 1988, *Arr. Cass.* 1987-88, p. 972; Cass. 9 mai 1980, *Pas.* 1980, I, pp. 1127-1130; Cass. 4 janvier 1978, *Pas.* 1978, I, pp. 520-521; Cass. 3 novembre 1977, *Pas.* 1978, I, pp. 267-269; Cass. 28 janvier 1976, *Pas.* 1976, I, p. 599; Cass. 21 novembre 1975, *Pas.* 1976, I, pp. 375-378; Cass. 11 décembre 1974, *Pas.* 1975, I, pp. 401-403; Cass. 28 mars 1974, *Pas.* 1974, I, pp. 835-837: le juge ne viole pas la foi due à un acte s'il se fonde, pour interpréter la volonté réelle des parties, tant sur des éléments intrinsèques qu'extrinsèques. Voy. également F. DUMON, "De motivering van de vonnissen en de arresten", *R.W.* 1978-79, spéc. p. 310. Parmi les éléments extrinsèques, il est admis que le juge du fond ait égard aux comportements adoptés par les parties, à leurs déclarations, à leur personnalité, à l'exécution qu'elles ont donnée à un contrat précédemment conclu entre elles, etc. Voy. sur ce point W. DE BONDT, *o.c.*, *R.W.* 1996-97, spéc. p. 1004 et p. 1007. Voy. enfin T. STAROSSELETS, *o.c.*, *Le processus de formation du contrat* 2004, p. 13, n° 4 et les références citées.

32. Sur un plan théorique, l'élément subjectif de l'offre pose plusieurs questions. La seule manifestation de volonté est-elle suffisante ou convient-il d'y rechercher une intention de "s'obliger juridiquement", c'est-à-dire de "vouloir" des effets juridiques? C'est à ce dernier élément qu'il semble falloir se référer pour justifier la juridicité d'un engagement au sens de la jurisprudence de la Cour de cassation (voy. not. Cass. 2 décembre 1875, *Pas.* 1876, I, 37). Or, il conviendrait alors d'identifier ce qui caractérise un engagement non juridique, c'est-à-dire un engagement qui serait dépourvu de sanction par le droit. "Y aurait-il une volonté juridique de ne pas s'engager juridiquement qui doive être respectée?" (P. GOTHOT et J. VERHOEVEN, "Vouloir ou ne pas vouloir contracter?", *Droit et pouvoir*, Centre interuniversitaire de philosophie du droit, Tome I, *La validité*, sous la direction de Fr. RIGAUX et G. HAARSCHER, Éd. Story-Scientia, 1987, p. 320). Enfin, dans quel sens doit jouer la présomption en cas de doute quant à la volonté? Doit-on présumer que l'accord est "dans" le droit ou "en dehors" de celui-ci? Le consensualisme, en ce qu'il a relégué le formalisme au rang d'institution archaïque, dicte-t-il de présumer une volonté de s'engager juridiquement?

33. Fr. T'KINT, *o.c.*, *Les obligations contractuelles* 1984, p. 32.

34. *R.P.D.B.*, v° *Contrat et convention en général*, p. 7, n° 39.

35. Fr. T'KINT, *o.c.*, *Les obligations contractuelles* 1984, p. 32; M. VANWIJCK-ALEXANDRE et A. MAHY-LECLERCQ, *o.c.*, *La négociation immobilière: l'apport du notariat* 1998, p. 150, n° 29; J. FLOUR, J.L. AUBERT et E. SAVAUX, *o.c.*, *Les obligations* 2000, p. 90, n°s 134-135.

36. Certains auteurs français parlent davantage de réserve "relative" – lorsque la réserve ne fait disparaître la qualité d'offre "qu'à l'égard de telle ou telle personne: le refus d'agrément n'empêche pas que le contrat soit conclu avec un autre qui, lui, sera agréé" – ou "absolue" – en ce qu'elles "provoquent la disparition de l'offre à l'égard de tous" –. Les réserves absolues seraient seules admises dès lors qu'elles s'imposent à tous, sans discrimination et sans arbitraire dans le chef de l'offrant (J. GHESTIN et B. DESCHÉ, *Traité des contrats, La vente*, Paris, L.G.D.J., 1990, spéc. pp. 112-113). Voy. sur ce point J. FLOUR, J.L. AUBERT et E. SAVAUX, *o.c.*, *Droit civil* 2000, p. 91, n° 135.

37. Chr. BIQUET-MATHIEU et J. DECHARNEUX, "Aspects de la conclusion du contrat par voie électronique", *Act. dr.* 2002, p. 165, n° 7.



des mentions en vertu desquelles l'offre est formulée "sans engagement" ou encore "sous réserve d'acceptation"³⁸. Dans ce cas, la réserve subjective affublant la proposition lui fait perdre toute force contraignante, de sorte que celle-ci ne saurait constituer une offre au sens juridique du terme.

Si la validité de telles clauses n'est en principe pas contestable dès lors qu'elles ressortent clairement du document qui les renferme³⁹, la liberté du proposant n'est cependant pas absolue. En matière de vente de produits et de services aux consommateurs, par exemple, l'article 32.1 de la loi du 14 juillet 1991 déclare abusive toute clause par laquelle le professionnel prévoit "lors de la signature du contrat, un engagement immédiat et définitif du consommateur alors que le vendeur contracte sous une condition dont la réalisation dépend de sa seule volonté". En ce sens, sera par exemple nulle la clause insérée dans un bon de commande précisant l'engagement définitif du consommateur, alors que le vendeur se réserve la possibilité de ne pas conclure. Par application de l'article 33 de la loi, pareille clause sera nulle et le vendeur sera effectivement engagé par ce bon de commande – qui constitue dès lors bien une acceptation de l'offre –, le contrat étant formé⁴⁰.

Certains auteurs⁴¹ considèrent par ailleurs que l'exigence de bonne foi de l'article 1134 du Code civil impose au proposant d'exprimer de telles réserves afin qu'elles n'échappent pas à la vigilance normale de leur destinataire. En ce sens, il serait justifié d'exiger du professionnel qu'il fasse clairement apparaître une telle limitation, dans une forme identique à celle utilisée pour les autres termes de sa proposition, et ce de manière tout aussi apparente.

12 La réserve subjective tacite. La réserve subjective est cependant le plus souvent tacite. Elle paraît indissociable des contrats *intuitu personae* dans le chef du destinataire de

l'offre⁴². On parle alors de réserve d'agrément⁴³. C'est en particulier le cas des offres publiques d'emploi⁴⁴. Certains auteurs⁴⁵, élargissant les contours de la notion d'*intuitu personae*, admettent également la présence d'une telle réserve dans d'autres situations où il s'avère que, dans la pratique, l'offrant a entendu se réserver la possibilité de choisir son contractant, comme ce serait le cas en matière d'offres publiques de bail⁴⁶ ou de crédit.⁴⁷

Les réserves subjectives qui ne sont pas exprimées *et* qui ne peuvent se déduire de la nature particulière du contrat n'ont aucune existence juridique⁴⁸. Dans ce cas, et dans un souci de protection des attentes légitimes du destinataire de l'offre, la volonté déclarée de l'offrant devra selon nous prévaloir sur sa volonté réelle.

En définitive, qu'elle soit expresse ou tacite, la réserve subjective accorde toujours au proposant une liberté de choix incompatible avec l'exigence de fermeté que doit présenter l'offre. Celle-ci ne pourra dès lors être lue que comme un appel à l'offre ou un appel à entrer en négociations.

13 La réserve objective. La réserve objective est également fréquente. Tout comme la réserve subjective, elle peut tout autant être expresse que tacite. Dans ce cas, toutefois, le proposant ne se réserve plus un droit discrétionnaire de conclure ou non, mais subordonne son engagement définitif à des conditions ou modalités qui lui sont extérieures et dont la réalité peut être objectivement vérifiée.

Le plus souvent, la réserve objective sera expresse et fixera les limites dans lesquelles l'offrant s'estime engagé⁴⁹. Mais, il arrive également que la jurisprudence déduise son existence de la nature particulière du contrat projeté ou des usages applicables. Dans ce cas, la réserve sera implicite. Pas davantage que la réserve expresse, la réserve objective

38. Ce sera également le cas lorsque les conditions générales annexées à un bon de commande précisent que "l'acheteur est lié dès l'acceptation du vendeur" (Civ. Mons 15 mars 2000, *J.L.M.B.* 2001/30, pp. 1309-1315, spéc. p. 1313) ou lorsqu'un compromis de vente, signé par le vendeur, précise que ce dernier subordonne la naissance du contrat à une ratification de sa part (M. VANWUICK-ALEXANDRE et A. MAHY-LECLERCQ, *o.c.*, *La négociation immobilière: l'apport du notariat* 1998, p. 147, n° 25).

39. Voy. par exemple Cass. 9 décembre 1980, *D.* 1981, *I.R.*, p. 441; E. DIRIX et G.L. BALLON, *La facture*, Diegem, Kluwer, 1996, pp. 221 et s., n°s 326 et s.

40. Chr. BIQUET-MATHIEU et J. DECHARNEUX, *o.c.*, *Act. dr.* 2002, p. 164. Comme le soulignent ces auteurs, l'art. 32.1 n'interdit que l'usage d'une clause d'agrément permettant au vendeur de décider *in fine* seul si le bon de commande vaut acceptation. Il n'interdit donc pas les clauses permettant au vendeur de confirmer la commande pour autant que le consommateur ait le dernier mot. Rappelons également qu'en tout état de cause, le consommateur garde le droit de se retirer de certains contrats dans un délai de (minimum) sept jours (voy. L. VANDENHOUTEN, "Délai de réflexion, droit de repentir", *Le processus de formation du contrat*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 554-604; C. DELFORGE, "Rétractation, résolution et résiliation unilatérales ou quand la volonté d'un seul anéantit ce que la volonté commune a édifié", *La fin du contrat*, C.U.P., décembre 2001, Vol. 51, pp. 79 à 157).

41. Dans ce sens, voy. Chr. BIQUET-MATHIEU et J. DECHARNEUX, *o.c.*, *Act. dr.* 2002, pp. 163-164. Se pose cependant alors la question de la sanction. La réponse n'est pas évidente.

42. L. CORNELIS, *o.c.*, *R.D.C.* 1983, p. 39; C. CAUFFMAN, "Aanbod en aanvaarding volgens de Principles of European Contract Law, getoetst aan het Belgische recht", in J. SMITS et S. STIJNS (ed.), *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, Intersentia, 2002, p. 8.

43. La seule liberté de l'offrant est alors de choisir la personne de son cocontractant. La stipulation d'une réserve d'agrément ne permet par exemple pas à l'offrant de modifier ensuite le contenu de l'offre. T. STAROSSELETS, *o.c.*, *Le processus de formation du contrat* 2004, pp. 14-15, n° 5; Fr. T'KINT, *o.c.*, *Les obligations contractuelles* 1984, p. 33.

44. Fr. T'KINT, *o.c.*, *Les obligations contractuelles* 1984, p. 33, n° 45.

45. Voy. également *infra*, n° 19.

46. Le contrat de crédit est considéré comme un contrat *intuitu personae*.

47. J. FLOUR, J.L. AUBERT et E. SAVAUX, *o.c.*, *Les obligations* 2000, pp. 90-91.

Ceci est notamment confirmé par un arrêt de la Cour de cassation française du 25 juin 2002 (Pourvoi n° 01-01093, *D.* 2002, n° 30, *Jur.*, p. 2359). La Cour d'appel d'Agen, qui sera ensuite suivie par la Cour de cassation, avait considéré qu'une personne avait acquis la qualité de membre adhérent d'une association par le simple envoi de son bulletin d'adhésion signé dès lors que les statuts de cette association ne reprenaient "expressément" aucune condition supplémentaire à l'adhésion de nouveaux membres. L'association ne pouvait dès lors refuser le nouvel adhérent.

48. C'est d'ailleurs une prudence à laquelle il convient d'inviter les négociateurs.



tacite ne contrarie en principe la qualification juridique retenue. L'offrant demeurera donc lié par son engagement, mais seulement dans les limites qu'il a expressément stipulées ou qui sont implicitement tolérées.

Une réserve objective tacite est généralement admise lorsque l'offre est adressée au public⁵⁰. Ainsi est-il notamment admis que l'offre publique de vente est faite sous la réserve de la disponibilité du stock⁵¹. La solution serait applicable en particulier aux tarifs, prix courants et catalogues de prix envoyés ou mis à la disposition des consommateurs⁵².

L'admission d'une telle réserve ne prive bien entendu pas le juge du pouvoir d'apprécier le caractère "raisonnable" du stock effectivement disponible. L'angle d'approche est cependant dans ce cas différent puisqu'il s'agit de s'assurer de la légalité de la pratique au regard des règles protectrices du commerce et des intérêts des consommateurs⁵³. L'insuffisance du stock pourrait être constitutive d'une faute civile dans le chef du commerçant⁵⁴. Cette obligation générale de prudence est par ailleurs expressément consacrée par l'article 23.9 de la loi du 14 juillet 1991, lequel interdit toute publicité – laquelle ne constitue pas nécessairement une "offre" au sens juridique du terme⁵⁵ – qui, "notamment" "porte sur une offre de produits ou de services, lorsque le vendeur ne dispose pas du stock suffisant ou ne peut effectivement prêter les services qui doivent normalement être prévus, compte tenu de l'ampleur de la publicité"⁵⁶.

La question se pose également de savoir si, en cas de vente, voire toutes les fois que des prestations sont accomplies moyennant le paiement d'un "prix", la solvabilité de l'acheteur peut être considérée comme une réserve objective tacite⁵⁷. Certains auteurs l'admettent en matière d'offre de

vente sur internet⁵⁸ ou de vente immobilière⁵⁹ et valident ainsi le refus de l'offrant lorsque celui-ci peut faire état de raisons objectives attestant que le consommateur était dans l'incapacité de payer au moment de son acceptation.

Dans le cas particulier de la vente sur internet, une telle réserve constitue en réalité le plus souvent une réserve pouvant être qualifiée d'"expresse" dès lors que le vendeur prend généralement soin, au moment de la passation de la commande par le consommateur, de s'assurer de sa capacité à honorer le paiement⁶⁰. Il en sera de même dans de nombreuses situations de la vie quotidienne.

Mais *quid* de la légitimité d'admettre la présence d'une telle réserve lorsqu'elle n'a pas été exprimée? La maîtrise qu'a l'offrant des limites de son engagement pourrait justifier le refus de recevoir de telles réserves tacites. Les attentes plus particulières d'une partie, quoique fondées, ne sauraient en effet systématiquement prévaloir. Le juge pourrait ainsi considérer que le pollicitant aurait dû faire connaître de manière claire la mesure de son engagement et les conditions auxquelles il le subordonnait. D'un autre côté, il semble difficilement soutenable de prétendre que la capacité de l'"acheteur" à exécuter la contrepartie de l'obligation principale du "vendeur", et qui est la cause de cet engagement, n'a pas conditionné son consentement. La jurisprudence ne permet cependant pas de dégager de solution de principe.

14 Considérations particulières concernant les réserves tacites. L'admission de réserves tacites demeure une question délicate. En l'absence de règle prédéfinie, la jurisprudence adopte parfois des positions de principe différentes, ce qui est dommage. Il nous semble pour notre part qu'un sort différent peut être réservé aux offres adressées à une personne déterminée et au public. Les premières autorisent moins aisément la présence de réserves tacites car les

50. H. DE PAGE, *o.c.*, II, n° 499; Fr. T'KINT, *o.c.*, *Les obligations contractuelles* 1984, pp. 32-33; M. VANWIJCK-ALEXANDRE et A. MAHY-LECLERCQ, *o.c.*, *La négociation immobilière: l'apport du notariat* 1998, p. 151, n° 30.

51. Voy. aussi H. DE PAGE, *o.c.*, II, p. 517, n° 524; *R.P.D.B.*, v° *Contrat et convention en général*, p. 8, n°s 83-84; J. FLOUR, J.L. AUBERT et E. SAVAUX, *o.c.*, *Les obligations* 2000, p. 91, n° 135.

52. Voy. not. Fr. T'KINT, *o.c.*, *Les obligations contractuelles* 1984, p. 34; Y. SCHOENTJES-MERCIERS, *o.c.*, p. 229, n° 10. *Contra*: L. HENEBICQ et M.P. WOUTERS, *Novelles, o.c.*, p. 99, n°s 194-195.

53. Rappelons que l'art. 45 de la loi sur les pratiques du commerce précise, depuis le 1^{er} janvier 2002 (arrêté royal du 20 juillet 2000), qu'en ce qui concerne les offres comportant une réduction de prix annoncée en dehors de l'établissement du vendeur et qui sont limitées dans le temps, "le vendeur qui ne dispose plus des produits concernés est tenu de délivrer au consommateur, pour tout produit d'un prix supérieur à 25 euros dont le stock est épuisé, un bon donnant droit à son achat dans un délai raisonnable et dans les termes de l'offre, sauf en cas d'impossibilité de réapprovisionnement dans les mêmes conditions".

54. Le vendeur qui offre des produits à titre de publicité doit en effet, sauf force majeure, disposer d'un stock suffisant pour répondre à des prévisions normales compte tenu de l'étendue de la diffusion de sa publicité. Voy. en ce sens Cass. 12 septembre 1996, *Pas.* 1996, I, p. 796; *Rec. Cass.* 1997, 216 et note A. DE CALUWÉ "Promotion commerciale et stock disponible"; *R.C.J.B.* 1998, 26 et note P. DE VROEDE, "Problèmes autour de l'article 23 9° de la loi sur les pratiques du commerce". Voy. également H. DE PAGE, *o.c.*, II, p. 514, n° 525.

55. Voy. également *infra*, n° 18.

56. Selon la Cour de cassation, si l'obligation incombant au vendeur de disposer d'un stock suffisant constitue une obligation de moyen, "par contre, la constitution du stock nécessaire pour répondre à cette prévision correspond à une obligation à laquelle le vendeur ne peut échapper que s'il établit une cause de force majeure". Rappelons également que, dans un arrêt du 16 juin 1995 (*J.L.M.B.* 1995, p. 1622), la Cour d'appel de Bruxelles a quant à elle considéré que le retard dans la livraison qui serait imputable à un fournisseur ne constitue pas un événement insurmontable et imprévisible de nature à libérer le vendeur et que la remise, à la clientèle, de bons d'achat n'a pas pour effet "d'effacer l'infraction".

57. Une telle réserve, si elle est exprimée, est admissible et implique que le prestataire de service sera engagé par son offre. Il ne pourra donc faire valoir que des raisons objectives attestant l'insolvabilité du destinataire de la proposition pour refuser d'être engagé. La réserve subjective doit sur ce point être exclue.

58. Chr. BIQUET-MATHIEU et J. DECHARNEUX, *o.c.*, *Act. dr.* 2002, p. 166. C'est pour cette raison que s'est développée une pratique consistant à proposer un paiement anticipé de la commande passée sur un site internet.

59. M. VANWIJCK-ALEXANDRE et A. MAHY-LECLERCQ, *o.c.*, *La négociation immobilière: l'apport du notariat* 1998, p. 155.

60. Ce qui, rappelons-le, demeure autorisé – quoique la formulation retenue par la loi nous paraisse critiquable en soi –. L'art. 80 § 3 de la loi sur les pratiques du commerce n'interdit en effet au vendeur "à distance" que d'"exiger" le paiement du consommateur avant l'échéance du délai de rétractation, mais non de l'"accepter". Voy. not. C. DELFORGE, *o.c.*, *La fin du contrat* 2001, spéc. pp. 89 à 104.



attentes créées sont nécessairement plus grandes et, dès lors, davantage dignes de protection. Dans ce cas, il sera plus volontiers admis que la volonté déclarée prévale sur la volonté réelle de l'offrant dès lors que celui-ci n'a pas pris le soin de dissiper tout doute quant à l'étendue d'un engagement dont il avait pourtant la pleine maîtrise. Les offres publiques paraissent sur ce point pouvoir être regardées avec une moindre rigueur, à tout le moins lorsqu'il ne s'agit pas de relations entre professionnels et consommateurs. La jurisprudence nous paraît dès lors devoir demeurer prudente au moment d'admettre la présence de réserves tacites non inhérentes au contrat projeté et, en cas de doute quant à leur existence, préférer leur exclusion lorsque l'offre est adressée à un destinataire précis⁶¹ ou à un public de consommateurs.

3. L'extériorisation de l'offre

15 Principe et conséquences. On enseigne traditionnellement que l'extériorisation ne se limite pas à conditionner la force obligatoire de l'offre; elle en constitue une condition à part entière⁶². Ainsi, pour être qualifiée d'offre au sens juridique du terme, la proposition doit également être parvenue à son destinataire si celui-ci est déterminé⁶³ ou être simplement extériorisée si elle est faite au public⁶⁴.

Faire de la nécessité d'une communication une condition d'existence de l'offre implique notamment que cette dernière ne pourrait être constatée – et dès lors la proposition être contraignante – si elle n'est pas adressée à son destinataire, alors même que celui-ci en aurait eu connaissance par une voie détournée⁶⁵.

B. Examen de quelques situations particulières⁶⁶

16 Introduction. Comme souvent lorsqu'il s'agit d'appliquer les concepts juridiques aux faits, leur apparente simplicité fait place au doute. Il est en particulier rare que, dans l'esprit des négociateurs, la conception qu'ils se font de l'offre coïncide parfaitement avec le sens que lui réserve le droit. La tâche de l'avocat, et *a fortiori* du juge, n'est alors pas aisée: traduire en notions juridiques une réalité essentiellement vécue, et sentie, et qui peut paraître inaccessible. La difficulté s'accroît en particulier lorsque l'on se trouve en présence d'une offre publique. Le principe veut en effet que l'indétermination des destinataires d'une proposition ne contrarie pas en soi sa qualification juridique⁶⁷. Cela étant, la pratique montre qu'elle contribue souvent à disqualifier l'offre⁶⁸. Dans cette tâche, l'appréciation des conditions que nous avons explicitées ci-dessus devrait constituer une aide précieuse.

Il nous paraît important, à ce stade de la réflexion, de garder à l'esprit la difficulté naturelle de la qualification juridique, ainsi que l'impossibilité de dégager des solutions de principe là où la variété des faits impose au contraire une appréciation au cas par cas. Les lignes qui suivent seront l'occasion d'envisager quatre domaines dans lesquels la qualité d'offre peut se révéler plus délicate et où quelques repères jurisprudentiels méritent dès lors d'être rappelés.

17 Les propositions unilatérales non contraignantes.

La définition réservée à l'offre permet de la distinguer des pourparlers préparatoires et de l'invitation à l'offre, lesquels sont dépourvus de force obligatoire⁶⁹.

La proposition d'entrer en négociations constitue également une initiative unilatérale, mais elle se distingue de l'offre en ce qu'elle ne précise pas les éléments essentiels du contrat et n'exprime pas une volonté ferme de celui dont

61. Voy. dans ce sens également J. FLOUR, J.L. AUBERT et E. SAVAUX, *o.c.*, *Droit civil* 2000, p. 90, n° 134.

62. Voy. dans ce sens not. J. FLOUR, J.L. AUBERT et E. SAVAUX, *o.c.*, *Droit civil* 2000, p. 91, n° 136.

La question de savoir si l'extériorisation de l'offre conditionne son existence ou uniquement sa force obligatoire n'est pas dépourvue de pertinence en théorie. Elle perd cependant une part de son intérêt lorsque l'on envisage, comme c'est le cas en droit belge, que l'offre est un engagement par volonté unilatérale et qu'elle est nécessairement, *in se*, contraignante. Soulignons par ailleurs que certains auteurs ne citent pas cette condition au titre des composantes de l'offre (voy. not. P. VAN OMMESSLAGHE, *o.c.*, *R.C.J.B.* 1986, p. 136, n° 53; *R.P.D.B.*, v° *Contrat et convention en général*, p. 7, n°s 41 et s.) sans qu'il ne soit cependant certain que leur silence doive s'interpréter comme un refus d'y voir un élément constitutif de celle-ci.

Voy. les nuances que nous avons développées in C. DELFORGE, *o.c.*, *Le processus de formation du contrat* 2002, pp. 401 et s.

63. Y. SCHOENTJES-MERCHERS, *o.c.*, *R.C.J.B.* 1971, p. 226; M. VANWIJCK-ALEXANDRE et A. MAHY-LECLERCQ, *o.c.*, *La négociation immobilière: l'apport du notariat* 1998, p. 166, n° 42; C. CAUFFMAN, *o.c.*, *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht* 2002, pp. 1-12 et les références citées.

En ce sens, l'offre à personne déterminée constitue un acte juridique "réceptice" dont l'existence juridique est subordonnée à une notification. Elle n'accède à la sphère juridique que par le lien qu'elle tisse avec un ou plusieurs destinataires. Dès lors, bien qu'unilatérale, l'offre n'existe juridiquement que dans l'interpersonnel et en référence aux attentes particulières qu'elle a pu générer pour autrui. Voy. X. DIEUX, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui, Essai sur la genèse d'un principe général de droit*, Bruxelles, Bruylant – Paris, L.G.D.J., 1995, spéc. pp. 100 et s. Pour une application, voy. aussi Gand 22 décembre 1998, *R.G.D.C.* 2002, p. 577.

64. Voy. not. Fr. T'KINT, *o.c.*, *Les obligations contractuelles* 1984, p. 34; L. SIMONT, "L'engagement unilatéral", *Les obligations en droit français et en droit belge: convergences et divergences (Actes des journées d'étude organisées les 11 et 12 décembre 1992 par la Faculté de droit de Paris Saint-Maur et la Faculté de droit de l'ULB)*, Paris, L.G.D.J. – Bruxelles Bruylant, 1994, p. 25; J. HERBOTS, "Een man een man, een woord een woord", *Mens en Recht, Essays tussen rechtstheorie en rechtspraak. Liber Amicorum Jan M. Broekman*, F. FLEERACKERS (éd.), Louvain, Peeters, 1997, p. 215; C. CAUFFMAN, *o.c.*, *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht* 2002, p. 11 et les références citées. Voy. également Liège 3 octobre 1986, *R.N.B.* 1989, p. 54.

65. P. VAN OMMESSLAGHE, *o.c.*, *R.C.J.B.* 1975, p. 488, n° 39.

66. Voy. not. B. WYLLEMAN, *o.c.*, *R.G.D.C.* 1994, pp. 468 et s., n°s 12 et s., lequel envisage notamment l'offre de vente, l'offre d'emploi et l'offre de location.

67. L. CORNELIS, *o.c.*, *R.D.C.B.* 1983, p. 40, n° 34; H. BOCKEN, *Algemeen Verbintenissenrecht*, 1999, p. A36, n° 76.

68. M. VANWIJCK-ALEXANDRE et A. MAHY-LECLERCQ, *o.c.*, *La négociation immobilière: l'apport du notariat* 1998, pp. 151 et s., n°s 30 et s.

69. H. DE PAGE, *o.c.*, II, n° 514. Voy. également P. VAN OMMESSLAGHE, *o.c.*, *R.C.J.B.* 1975, p. 487, n° 39; M. BOLLEN, "Precontractuele aansprakelijkheid voor het afspringen van onderhandelingen, in het bijzonder m.b.t. een acquisitieovereenkomst", *R.G.D.C.* 2003, pp. 136-160, spéc. pp. 141 et s.



elle émane⁷⁰. Elle constitue ainsi une proposition moins achevée que l'offre et se limite à informer son destinataire que celui qui l'a émise est disposé à discuter les termes du contrat. Face à une telle proposition, les parties sont uniquement invitées à mener les négociations de bonne foi, sans que l'auteur de la proposition ne soit juridiquement tenu de conclure à la première manifestation de volonté du destinataire qu'il en soit ainsi. "À ce stade, le contrat apparaît encore comme une perspective assez lointaine: il y a seulement ouverture d'une phase exploratoire, ce qui se traduit par le caractère très vague de la proposition initiale"⁷¹.

La jurisprudence belge considère également que les demandes de devis ou de soumission et l'appel aux enchères ne présentent en principe pas suffisamment de fermeté pour justifier la qualité d'offre⁷². De telles propositions constituent cependant une forme plus avancée que la simple invitation à négocier, sans pourtant atteindre la perfection de l'offre. Elles suggèrent la conclusion d'un contrat d'ores et déjà déterminé par son genre, mais dont il convient de préciser le contenu et d'asseoir un consentement réciproque.

18 L'offre et la publicité. Contrairement à l'offre, la notion de "publicité" reçoit une définition légale⁷³. Aux termes de l'article 22 de la loi du 14 juillet 1991, en effet, constitue une "publicité" "toute communication ayant comme but direct ou indirect de promouvoir la vente de produits ou de services, y compris les biens immeubles, les droits et les obligations, quel que soit le lieu ou les moyens de communication mis en œuvre". Il ressort de cette définition, particulièrement large, que toute publicité ne constitue pas nécessairement une offre au sens juridique du terme et que, partant, son auteur ne sera pas toujours "offrant". Seules les circonstances de l'espèce, et leur adéquation avec les conditions précitées, permettront le cas échéant de dégager l'existence d'un engagement ferme du publicitaire.

L'existence d'un véritable engagement est généralement admise lorsque la publicité est précise, et reprend les éléments essentiels du contrat projeté⁷⁴. Dans ce cas, en effet, la jurisprudence considère souvent que la fermeté de l'engagement peut être présumée⁷⁵. Cette moindre rigueur

dans l'appréciation de l'élément subjectif de l'offre est alors justifiée par un souci de protection des consommateurs, et de leurs attentes légitimes, lequel justifierait, selon les juges, d'accorder une préférence à la volonté déclarée sur la volonté réelle.

19 L'offre de location. La qualification des offres publiques de location est également délicate⁷⁶ et la doctrine ne fournit que rarement des éléments de réponse. Un consensus doctrinal et jurisprudentiel ne se dégage en réalité qu'en ce qui concerne les situations extrêmes: l'envoi d'un projet de bail constitue, en principe, une offre "à personne déterminée" – ou davantage la preuve d'une telle offre – alors que la plupart des annonces paraissant dans la presse ne peuvent être qualifiées de telles⁷⁷. L'évidence s'impose, dans le premier cas, par la précision des éléments essentiels⁷⁸ – voire également substantiels –, mais aussi par le choix d'un destinataire déterminé, alors qu'ils font précisément défaut dans le second. Bien que théoriquement critiquable – notamment en ce que nulle référence n'est ici faite à la recherche de l'élément intentionnel de l'offre –, cette solution se conçoit parfaitement dans la mesure où la précision de l'offre constitue toujours un indice – en principe parmi d'autres – de la fermeté de l'engagement qu'elle porte. Mais, au-delà de ces situations évidentes, seule une appréciation au cas par cas devrait permettre de trancher la question de la qualification et le juge appelé à statuer ne pourra éviter un examen précis des faits et la recherche de leur correspondance avec les trois éléments constitutifs de l'offre.

Dresser un inventaire des solutions concrètes réservées à ce genre de litige n'est pas chose aisée, probablement en grande partie parce que la plupart des litiges qui y sont relatifs se résolvent hors des prétoires. Il ressort cependant d'un examen attentif des sources consultées que la principale difficulté réside ici dans la possibilité de recevoir certaines réserves tacites. On soulignera en particulier que certains auteurs⁷⁹ joignent à l'offre de location une réserve d'agré-

70. Voy. Cass. 23 mai 1969, *Pas.* 1970, I, p. 73 commenté not. par P. VAN OMMESELAGHE, *o.c.*, *R.C.J.B.* 1975, p. 487, n° 39.

71. J. FLOUR et J.L. AUBERT, *Les obligations, I. L'acte juridique*, Paris, Armand Collin, 1991, 5^{ème} édition, p. 99, n° 139.

72. Voy. les références citées par Fr. T'KINT, *o.c.*, *Les obligations contractuelles*, 1984, p. 33. Voy. aussi Y. SCHOENTJES-MERCHERS, *o.c.*, *R.C.J.B.* 1971, p. 229, n° 10. Voy. enfin Bruxelles 25 octobre 2001, *R.N.B.* 2002, pp. 233 et s.

L'interprétation des termes de la proposition pourrait bien entendu autoriser une solution différente s'il ressort des circonstances que la fermeté requise dans le chef du pollicitant était bien présente.

73. Cette définition implique par ailleurs le respect de certaines exigences particulières. Voy. not. les artt. 22 et s. de la loi sur les pratiques du commerce, l'information et la protection du consommateur en ce qui concerne l'interdiction de la publicité "trompeuse". Voy. également Gand 9 mars 1994, *R.W.* 1994-95, 784 (précision du prix devant apparaître dans un folder publicitaire).

74. C. CAUFFMAN, *o.c.*, *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht* 2002, pp. 10-11.

75. Certains juges ont par ailleurs considéré que le consommateur pouvait légitimement présumer que tous les éléments essentiels étaient indiqués dans une publicité. Voy. sur ce point Comm. Malines (réf.) 12 juin 2001, *Annuaire Pratiques du commerce & Concurrence* 2001, 194. Voy. également Y. SCHOENTJES-MERCHERS, *o.c.*, *R.C.J.B.* 1971, pp. 230-231; J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, Tome 3, 2^{ème} édition, p. 17, n° 11 (qui considèrent que "sont en état d'offre au public les négociants qui annoncent leurs fournitures dans des catalogues, des prospectus, des circulaires ou des affiches lorsque le prix et les autres conditions essentielles des prestations proposées sont indiqués avec suffisamment de précision"); Fr. T'KINT, *o.c.*, *Les obligations contractuelles* 1984, pp. 33-34. La qualification d'offre n'est cependant pas toujours reçue: H. DE PAGE, *o.c.*, II, p. 492, n° 199bis; G. SCHRANS, "De progressieve totstandkoming der contracten", *T.P.R.* 1984, pp. 5-6. Voy. enfin en France: Cass. fr. (civ.) 17 juillet 1996, *Dr. et Patrim.* 1996, p. 76 et note P. CHAUVEL.

76. Voy. not. B. WYLLEMAN, *o.c.*, *R.G.D.C.* 1994, pp. 469-470; Civ. Tournai 28 janvier 1987, *J.L.* 1987, p. 887.

77. B. LOUVEAUX, *Le droit du bail, Régime général*, De Boeck Université, 1993, pp. 65-66, n° 116.

78. À savoir la chose et le loyer. Voy. sur ce point B. LOUVEAUX, *o.c.*, *Le droit du bail* 1993, p. 34, n° 58.

79. Fr. T'KINT, *o.c.*, *Les obligations contractuelles* 1984, p. 33, n° 45.



ment dès lors que ce contrat présenterait des éléments “tenant à l'intuitu personae”⁸⁰, à tout le moins “lorsque le propriétaire exige du futur locataire certaines conditions de moralité et d'honorabilité”^{81,82}.

20 L'offre de vente immobilière⁸³. La question ne suscite guère de discussion en ce qui concerne la vente publique d'un immeuble. Dans ce cas, en effet, il est traditionnellement admis que c'est l'enchérisseur qui est offrant, et non le vendeur⁸⁴.

La réponse est cependant moins évidente lorsqu'il s'agit d'une vente de gré à gré. Sur ce point, il ne fait aucun doute que les annonces de vente paraissant dans les quotidiens⁸⁵ ou les affiches apposées sur une façade⁸⁶ ne constituent pas des offres lorsqu'elles ne précisent pas les éléments essentiels (identification du bien, prix déterminé ou déterminable) du contrat⁸⁷. Il en sera de même lorsque le prix est donné à titre indicatif ou à titre d'estimation provisoire⁸⁸. Au-delà, une appréciation au cas par cas est requise.

L'objet de la vente, et son prix, doivent en tout état de cause être déterminés, ou à tout le moins être déterminables⁸⁹.

L'exigence s'impose tant en amont au titre de la vérification des composantes de l'offre, qu'en aval afin d'éviter une nullité pour défaut d'objet ou pour erreur sur la chose. Certains auteurs⁹⁰ tolèrent cependant une appréciation souple de cette condition. Ainsi, par exemple, pourrait-il y avoir offre au sens juridique du terme lorsque l'annonce ne précise que la situation géographique et le prix du bien, alors même que l'adresse exacte n'a pas été mentionnée. L'acceptation, même non précédée d'une visite du bien, pourrait former le contrat dès lors que le bien est “unique et identifiable”⁹¹.

Il ressort de la jurisprudence que la seule précision des éléments essentiels du contrat ne suffit cependant généralement pas à qualifier la proposition d'offre⁹² puisqu'elle n'établirait pas à suffisance la *fermeté* de l'engagement de l'offrant. Ainsi, en faisant paraître une annonce ou en apposant une affiche, le propriétaire se bornerait le plus souvent à manifester sa décision de mettre son bien en vente, mais ne s'engagerait pas à vendre à la première personne qui souhaiterait acheter⁹³. En ce sens, de telles initiatives constitueraient uniquement des appels à l'offre⁹⁴. Il a par exemple été jugé que, pour constituer une offre, la proposition devrait en outre préciser “les modalités de paiement de l'acompte et [de la] soulte, les moments de transfert de la propriété et d'entrée en jouissance, l'exonération de certains risques ... (...)”⁹⁵ ou à tout le moins le montant de l'acompte et la date de la signature du contrat⁹⁶.

Une partie de la doctrine considère également que l'offre de vente devrait à tout le moins reprendre les modalités de livraison de la chose et de paiement du prix⁹⁷.

80. La doctrine considère généralement que le contrat de bail n'est pas un contrat *intuitu personae* dans le chef du locataire. Voy. dans ce sens B. LOUVEAUX, *o.c.*, *Le droit du bail* 1993, p. 47; Y. MERCHERS, *Les baux, Le bail en général*, Larcier, 1997, p. 109. Contra: H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et Chr. CHABAS, *Le droit civil, Les obligations, Théorie générale, T. II*, Montchrestien, 1969, p. III; G. FARJAT, *Droit privé de l'économie*, P.U.F., 1975 p. 117.
81. Fr. T'KINT, *o.c.*, *Les obligations contractuelles* 1984, p. 33, n° 45.
82. Rappelons que le juge garde toujours le pouvoir de sanctionner, le cas échéant pénalement, l'illégitimité d'un refus de l'offrant lorsque celui-ci constitue une atteinte aux droits fondamentaux de la personne humaine, et en particulier au respect de la vie privée et familiale de l'individu. Sur le plan pénal, ledit comportement pourrait en effet constituer une infraction à la loi relative au racisme et à la xénophobie (loi du 30 juillet 1981 tendant à la répression de certains actes inspirés du racisme ou de la xénophobie, *M.B.* 8 août 1981) ou à la loi “anti discrimination” du 25 février 2003 (*M.B.* 17 mars 2003). La loi du 25 février 2003 prévoit des sanctions civiles – ce qui constitue une nouveauté – puisque doivent être considérées comme “nulles” les clauses d'un contrat contrares aux dispositions de la loi. Se pose dès lors la question de savoir si demeurent valides les conditions souvent imposées en matière de bail quant au choix de la personne du locataire (conditions relatives à la situation familiale comme l'exclusion des familles nombreuses, les clauses relatives à l'âge ou au sexe, les conditions imposées en ce qui concerne la situation socio-économique comme l'exclusion des personnes émargeant au C.P.A.S. ou engagées dans le cadre d'un contrat à durée déterminée, etc.). La légalité de telles clauses pourrait être douteuse au regard de la nouvelle législation.
83. Voy. en particulier sur ce point l'étude particulièrement fouillée de M. VANWIJCK-ALEXANDRE et A. MAHY-LECLERCQ, *o.c.*, *La négociation immobilière: l'apport du notariat* 1998, pp. 151 et s.
84. P. VAN OMESLAGHE, *o.c.*, *R.C.J.B.* 1986, p. 135, n° 52.
85. Bruxelles 16 juin 1970, *Entr. et dr.* 1973, 154; Civ. Bruxelles (réf.) 24 octobre 1991, *Res Jur. Imm.* 1992, p. 63; Civ. Bruxelles 31 mai 1995, *R.G.D.C.* 1996, p. 68.
86. Civ. Bruxelles (réf.) 24 octobre 1991, *Res Jur. Imm.* 1992, p. 63.
87. M. VANWIJCK-ALEXANDRE et A. MAHY-LECLERCQ, *o.c.*, *La négociation immobilière: l'apport du notariat* 1998, p. 152, n° 31. Selon ces auteurs, la communication ultérieure du prix par le vendeur ou le notaire ne constituerait “en principe” “qu'une information complétant la base de discussion pour susciter une offre précise de la part du candidat acquéreur”.
88. M. VANWIJCK-ALEXANDRE et A. MAHY-LECLERCQ, *o.c.*, *La négociation immobilière: l'apport du notariat* 1998, p. 153, n° 31.
89. Civ. Bruges 24 mars 1997, *T. Not.* 1998, pp. 54 et s.

90. M. VANWIJCK-ALEXANDRE et A. MAHY-LECLERCQ, *o.c.*, *La négociation immobilière: l'apport du notariat* 1998, p. 161, n° 39.
91. Pour plus de développements concernant la précision des éléments essentiels, voy. M. VANWIJCK-ALEXANDRE et A. MAHY-LECLERCQ, *o.c.*, *La négociation immobilière: l'apport du notariat* 1998, pp. 161-162.
92. C'est à tout le moins la position des juridictions bruxelloises. Voy. sur ce point Bruxelles 25 octobre 2001, *J.T.* 2002, p. 66; Civ. Bruxelles (réf.) 13 avril 2001, *J.T.* 2001, p. 416; Civ. Bruxelles 31 mai 1995, *R.G.D.C.* 1996, p. 68; Civ. Bruxelles 24 octobre 1991, *Res Jur. Imm.* 1992, p. 63; Bruxelles 16 juin 1970, *Entr. et dr.* 1973, p. 154 et note DENÈVE.
93. Civ. Bruxelles (réf.) 31 mai 1995, *R.G.D.C.* 1996/1, p. 68. Dans le même sens, mais dans le cadre de la vente, par un concessionnaire, d'un véhicule, voy. J.P. Alost 1^{er} septembre 1992, *J.J.P.* 1993, p. 9.
94. Civ. Bruxelles (réf.) 24 octobre 1991, *Res Jur. Imm.* 1992, p. 63.
95. Civ. Bruxelles 21 octobre 1991, *R.G.D.C.* 1992/1, pp. 81-82. Voy. dans le même sens: Anvers 20 mars 1979, *R.N.B.* 1979, 182. En l'espèce, le caractère laconique de l'annonce parue dans le quotidien justifiait une telle conclusion. Voy. enfin l'affaire du “Kladaratsch” précitée: Civ. Bruxelles (réf.) 13 avril 2001, *J.T.* 2001, p. 416 et Bruxelles 25 octobre 2001, *J.T.* 2002, p. 66.
96. Civ. Bruges 24 mars 1997, *T. Not.* 1998, pp. 54 et s. précité. Le notaire du vendeur d'un immeuble avait envoyé à un candidat acquéreur un projet de compromis, l'invitant à lui faire part de ses remarques. Selon le tribunal, seul le second projet envoyé et reprenant les remarques faites par le candidat acheteur, constitue une offre contraignante. Le juge a justifié une telle interprétation par les circonstances de l'espèce et, en particulier, eu égard au fait que le vendeur avait transmis ce document dans le cadre des négociations et sans manifester son intention ferme de conclure.
97. L. CORNELIS, *o.c.*, *R.G.D.C.* 1983, pp. 13-40. L'auteur conteste plus généralement l'opinion souvent reçue selon laquelle l'exposition en vente d'une chose avec indication de son prix constitue une offre.



Cette position est peu convaincante sur un plan théorique, à tout le moins en dehors d'un contexte factuel qui en conforte la pertinence. La recherche de l'élément matériel de l'offre ne nous paraît en effet pas en tant que telle imposer pareille rigueur. Tout d'abord, il est admis que les éléments accessoires n'accèdent à la sphère juridique que s'ils sont connus de l'autre partie, ce qui suppose dès lors que l'offrant ait informé le destinataire de leur existence ou que ce dernier n'ait à tout le moins pas pu les ignorer. Ensuite, l'absence de précision des éléments accessoires non "essentialisés" ne devrait pas contrarier la formation du contrat⁹⁸. Autre chose est bien entendu d'apprécier la fermeté de l'engagement de l'offrant – soit la présence de l'élément subjectif –, laquelle ressort effectivement souvent, mais "notamment" seulement, de la précision plus ou moins grande des conditions de la vente. Or, il semble bien que, sous couvert de l'élément matériel, ce soit en réalité davantage l'intention de l'offrant qui est contestée dans les espèces tranchées. Il paraîtrait dès lors plus exact que le juge saisi d'un litige motive davantage sa décision, en considérant le cas échéant qu'eu égard au contenu de l'offre, mais également aux autres circonstances, le caractère définitif de l'engagement de l'offrant n'est pas établi à suffisance.

Notons enfin que, dans le cadre de l'appréciation concrète des circonstances de la cause, la qualité du proposant pourrait, selon certains auteurs⁹⁹, également être prise en compte. Ainsi, une solution différente pourrait se justifier selon que l'offrant est un particulier ou un professionnel de la vente, tel un agent immobilier. Le premier ne prétendrait souvent que tester la valeur marchande de son bien en faisant paraître une annonce – laquelle devrait dès lors être lue comme étant un appel d'offres –, alors que le second manifesterait plus facilement une volonté ferme de vendre. Ainsi, "le juge pourrait considérer que la mise en vente de l'immeuble pour un prix déterminé, sans aucune réserve, démontre la volonté de vendre à celui qui rencontrera le prix demandé, sauf raisons objectives tenant à la personne de l'acquéreur (surface financière et possibilités de crédit)"¹⁰⁰.

21 Conclusion. L'examen de ces quatre situations particulières témoigne qu'en ce domaine, seule une appréciation au cas par cas de la réunion des deux premières conditions de l'offre permettra de décider si le proposant peut ou non être qualifié d'offrant.

Force est de reconnaître sur ce point que la variété des décisions rendues atteste la place qu'accorde le juge à la composante subjective de l'offre. Parfois, celle-ci est présumée à partir du seul constat de la précision matérielle de la proposition, voire n'apparaît pas dans la motivation retenue.

Dans d'autres, elle est au contraire recherchée pour elle-même, quand bien même elle trouverait appui dans des éléments extérieurs à la proposition soumise à qualification.

La difficulté paraît être notamment le reflet de la constante oscillation des juristes entre une préférence pour la volonté réelle ou la volonté déclarée. Les tenants de la première perspective ont en effet tendance à repousser dans le temps le moment où l'offrant s'engage, limitant ainsi au maximum les cas où une offre peut être reçue. Les seconds, forts d'un souci de protection du destinataire de la proposition, privilégient au contraire plus facilement l'apparence et les attentes légitimes de ce dernier. Dans ce cas, l'élément intentionnel paraît souvent relégué au second plan, la précision matérielle de l'offre suffisant souvent à l'établir, la question étant alors uniquement de savoir *quels* éléments préciser. Le choix entre ces deux voies, qui ne sont pas alternatives, ne nous paraît pas pouvoir être arrêté une fois pour toutes. Seule une appréciation des circonstances de la cause, et en particulier du contexte relationnel né entre les parties, pourra justifier de pencher vers l'une ou l'autre. En ce sens, une place identique devrait être accordée à l'appréciation des deux composantes de l'offre. Il reste que nous ne pouvons personnellement nous départir d'une préférence pour l'objectivité, et l'importance du fait qu'au moment de mettre le contrat à la disposition d'autrui, il revient au proposant de préciser clairement les conditions qui subordonneront l'existence ou le maintien de son engagement. Une solution différente ne nous paraîtrait tolérable que s'il était admis que les propositions adressées au public ne constituent en principe pas des offres au sens juridique du terme, ce qui n'est pas le cas en droit belge.

C. La forme de l'offre

22 Droit commun. En principe, l'offre n'est en elle-même subordonnée à aucune exigence particulière de forme. Le principe du consensualisme dicte en effet, sauf dérogation légale, une telle solution. L'offre peut ainsi tout autant être expresse que tacite¹⁰¹.

L'existence d'une offre est donc indépendante de son mode d'expression¹⁰² (offre écrite, offre verbale, attitude, procédé mécanique tel que la mise à disposition d'un distributeur automatique¹⁰³, etc.) dès lors qu'il est établi que l'offrant a adopté un comportement "actif"¹⁰⁴.

Si tout le monde s'accorde sur le principe précité, le départ théorique entre les offres expresses et tacites demeure discuté¹⁰⁵ lorsqu'il s'agit d'apprécier la portée d'un comportement ou d'une attitude. La doctrine belge majoritaire, privilégiant le

98. Voy. *supra*, n° 8.

99. M. VANWIJCK-ALEXANDRE et A. MAHY-LECLERCQ, *o.c.*, *La négociation immobilière: l'apport du notariat* 1998, p. 155. Les auteurs reconnaissent cependant que les quelques décisions publiées ne vont pas dans ce sens. Voy. les références citées en note 213.

100. *Ibid.* Les auteurs considèrent que, dans ce cas, le juge pourrait sanctionner le retrait de l'offre par une conclusion "forcée" du contrat.

101. *R.P.D.B.*, v° *Contrat et convention en général*, p. 8, n° 61 et s.

102. Cass. 27 mai 2002, R.G. C99.0051N disponible sur le site cass.be (révision des marchés publics).

103. M. PLANIOL et R. RIPERT, *o.c.*, *Traité pratique de droit civil français*, p. 129, n° 106; Fr. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Paris, L.G.D.J., 1996, p. 92, n° 107 et les références citées.

104. Voy. sur ce point T. STAROSSELETS, *o.c.*, *Le processus de formation du contrat* 2004, p. 24, n° 12.



critère tiré du *moyen* utilisé par l'auteur de la proposition, considère que constituent des offres "tacites"¹⁰⁶ l'exposition de marchandises avec indication de leur prix dans l'étalage d'un magasin¹⁰⁷ ou encore le stationnement d'un taxi dans un emplacement réservé à l'embarquement des passagers¹⁰⁸.

23 Offre et législations particulières: un formalisme de protection. Certaines législations imposent cependant un formalisme de protection, en particulier dans le cadre des relations entre professionnels et consommateurs¹⁰⁹. On retiendra en particulier les exigences posées par la loi sur les pratiques du commerce, sur l'information et la protection du consommateur, laquelle régit de manière contraignante certaines offres, notamment dans le cadre des soldes¹¹⁰, des liquidations¹¹¹, des ventes publiques de produits d'occasion¹¹² ou des contrats à distance¹¹³.

D'une manière générale, quatre types d'exigences peuvent légalement s'imposer¹¹⁴. Le législateur peut, tout d'abord, prescrire à l'offrant de consigner son offre soit dans un écrit¹¹⁵ et qu'elle contienne certaines mentions obligatoires¹¹⁶. Il peut également exiger de l'offrant qu'il formule d'une manière particulière certaines mentions¹¹⁷ ou lui interdire, sous peine de nullité, l'usage de clauses considérées comme étant abusives¹¹⁸.

La plupart de ces lois renferment des dispositions impératives dont la violation entraînera automatiquement la nullité de l'offre¹¹⁹. Dans certains cas, cependant, cette nullité sera subordonnée à la condition que cette méconnaissance exerce une incidence concrète sur la situation du destinataire de l'offre¹²⁰.

D. La preuve de l'offre

24 La preuve en matière commerciale. Conformément à l'article 25 du Code de commerce, la preuve de l'offre demeure libre entre commerçants ou contre un commerçant¹²¹.

25 La preuve en matière civile. En matière civile, au contraire, dès lors que l'offre constitue un acte juridique, elle demeure soumise au formalisme probatoire imposé par les articles 1341 et suivants du Code civil, et en particulier au principe de la prééminence de l'écrit lorsque sa valeur excède 375 euros. Ainsi, si c'est le bénéficiaire de l'offre qui en soutient l'existence, malgré une contestation du pollicitant, il lui appartiendra d'en apporter la preuve par écrit, à moins qu'il puisse se prévaloir d'un commencement de preuve par écrit ou de l'impossibilité de se procurer un écrit¹²². L'exigence tombe lorsque c'est au contraire le pollicitant qui invoque l'existence de l'offre. L'article 1341 du Code civil est en effet dans ce cas "techniquement inapplicable"¹²³ puisque l'offre dont la preuve doit être rapportée n'émane par définition pas de celui à qui on l'oppose. La preuve par toutes voies du droit est donc admise¹²⁴.

(Suite dans le prochain numéro)

105. Voy. en particulier T. STAROSSELETS, *o.c.*, *Le processus de formation du contrat* 2004, p. 25, n° 12 qui reprend les deux sens repris en doctrine selon que le critère retenu prend en compte le *moyen* utilisé par l'offrant pour déclarer sa volonté ou le *but* qu'il poursuivait. *Comp.* avec J. FLOUR, J.L. AUBERT et E. SAVAUX, *o.c.*, *Les obligations* 2000, pp. 91 et s., selon qui l'offre exprime désigne toute déclaration, action ou attitude "spécialement accomplie en vue de porter la proposition de contracter à la connaissance d'autrui" alors que l'offre tacite vise un comportement qui *présuppose* une volonté de contracter et, dès lors, "s'induit de la manière d'agir".
106. De telles manifestations sont "tacites" en ce sens qu'elles nécessitent, dans le chef de celui qui les reçoit, une "interprétation spéciale" du comportement adopté par le proposant. Certains auteurs y voient cependant des offres expresses. Voy. not. L. CORNELIS, *o.c.*, *R.G.D.C.* 1983, pp. 13-40; *R.P.D.B.*, v° *Contrat et convention en général*, p. 8, n° 61.
107. Fr. T'KINT, *o.c.*, *Les obligations contractuelles* 1984, p. 34. Voy. pour une application, *Comm. Seine*, 5 janvier 1869, D., 1869, p. 14.
108. Fr. T'KINT, *o.c.*, *Les obligations contractuelles* 1984, p. 34. Voy. pour une application *Cass. fr. (civ.)* 2 décembre 1969, *Bull.*, n° 381. Voy. enfin J. GHESTIN, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, Paris, L.G.D.J., 1993, p. 353, n° 398. *Comp.* en ce qui concerne le mandat tacite: Mons 10 novembre 1999, *J.T.* 2000, pp. 166 et s.: le mandat tacite "se déduit de faits qui impliquent par eux-mêmes le consentement requis".
109. Voy. en particulier J.M. TRIGAUX, "L'incidence de plusieurs législations récentes sur le droit commun des obligations en matière de formation des contrats", *Ann. dr. Louvain* 1997, pp. 189 à 238; A. PUTTMANS, "Le contrat de vente à l'épreuve de la protection du consommateur", *Aspects récents du droit des contrats*, Conférence du Jeune Barreau de Bruxelles, 2001, pp. 8 et s., spéc. pp. 18 à 26.
110. Voy. les artt. 49 et s. de la loi.
111. Voy. les artt. 46 et s. de la loi.
112. Voy. les artt. 69 et s. de la loi.
113. Loi du 25 mai 1999 modifiant la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce, sur l'information et la protection du consommateur, *M.B.* 23 juin 1999, p. 23670. Pour plus de détails, Voy. not. M. GUSTIN, "Les contrats à distance", *Act. dr.* 1999, pp. 757 et s.
114. J.M. TRIGAUX, *o.c.*, *Ann. dr. Louvain* 1997, pp. 196 et s.
115. Voy. not. l'art. 86 de la loi sur le crédit à la consommation et l'art. 14 de la loi sur le crédit hypothécaire. Pour plus de développements, voy. J.M. TRIGAUX, *o.c.*, 1997, pp. 204-213.
116. Art. 17 de la loi sur le crédit à la consommation, art. 88 de la loi sur les pratiques du commerce, art. 6 § 2 de la loi sur le courtage matrimonial et art. 10 § 1^{er} de la loi sur le contrat de voyage.

117. Voy. en particulier les artt. 14 § 4 de la loi sur le crédit à la consommation ("alinéas séparés et usage du caractère gras d'un type différent"), 88 de la loi sur les pratiques du commerce pour ce qui concerne les ventes hors de l'entreprise du vendeur ("caractère gras dans un cadre distinct du texte au verso de la première page") et 6 § 1 de la loi sur le courtage matrimonial ("caractère gras dans un cadre distinct au recto de la première page").
118. Voy. sur ce point J.M. TRIGAUX, *o.c.*, *Ann. dr. Louvain* 1997, pp. 200 à 204. Voy. également les artt. 31 et 32 de la loi du 14 juillet 1991 et les artt. 28 à 33 de la loi sur le crédit à la consommation.
119. Voy. notamment l'art. 3 de la loi sur le crédit hypothécaire.
120. Ainsi, par exemple, l'art. 4 de la loi sur le crédit à la consommation (voy. J.P. Grâce-Hollogne 13 août 2002, *J.L.M.B.* 2003, p. 1235 et note P. DEJEMEPPE) et l'art. 3 de la loi sur le contrat de voyage qui subordonnent la nullité à la preuve d'une lésion des intérêts du consommateur. Parfois, encore, la loi peut en disposer autrement (art. 3 de la loi sur le contrat d'assurance terrestre). Sur ces différentes questions, voy. en particulier J.M. TRIGAUX, *o.c.*, *Ann. dr. Louvain* 1997, pp. 192-194.
121. Voy. en ce qui concerne la preuve entre commerçants ou contre un commerçant: R. MOUGENOT, *La preuve*, Tome IV, Livre II, *Rép. not.*, Bruxelles, Larcier, 3^{ème} édition par D. MOUGENOT, 2002, pp. 121 et s., n°s 54 et s.
122. La jurisprudence semble cependant réserver à ces règles une interprétation souple, conditionnée par les circonstances de l'espèce, notamment lorsque le juge a la conviction de l'existence de l'acte juridique invoqué. Voy. M. VANWICK-ALEXANDRE et A. MAHY-LECLERCQ, *o.c.*, *La négociation immobilière: l'apport du notariat* 1998, pp. 191 et s., n°s 66 et s. ainsi que les références citées.
123. M. VANWICK-ALEXANDRE et A. MAHY-LECLERCQ, *o.c.*, *La négociation immobilière: l'apport du notariat* 1998, p. 168; T. STAROSSELETS, *o.c.*, *Le processus de formation du contrat* 2004, pp. 34-35, n° 24.
124. M. VANWICK-ALEXANDRE et A. MAHY-LECLERCQ, *o.c.*, *La négociation immobilière: l'apport du notariat* 1998, pp. 191 et s., n°s 66 et s.



L'offre de contracter et la formation du contrat¹ (2^{ème} partie²)

Catherine DELFORGE³

III. L'effet obligatoire de l'offre: l'engagement de l'offrant

A. La force obligatoire de l'offre: principe

1 **Le principe.** Alors que, dans la théorie classique de Pothier⁴ ou de Laurent⁵, l'offre n'était pas contraignante *in se*, il est désormais acquis que l'offre lie son auteur⁶ indépendamment de l'attitude adoptée par son destinataire⁷. L'offre présente ainsi un effet propre, indépendant de toute acceptation. Elle ne laisse jamais intacte la liberté de celui qui l'émet dès lors que, par sa volonté unilatérale, il a mis le contrat à disposition⁸ d'autrui et a nécessairement consenti à une limitation corrélatrice de son autonomie privée.

L'obligation imposée à l'offrant demeure cependant distincte des obligations découlant du contrat dont la conclusion est projetée⁹. Selon la formule consacrée par H. DE

PAGE, en effet, il convient de distinguer l'obligation *au contrat* et l'obligation *à l'offre*¹⁰, la première nécessitant l'acceptation du destinataire. Par l'offre, son auteur s'oblige en effet uniquement à la maintenir pendant le délai qu'il a fixé ou, à défaut d'une telle précision, pendant une durée raisonnable¹¹.

2 **Fondement de la force obligatoire.** La doctrine belge est restée longtemps divisée quant au fondement de la force obligatoire de l'offre¹². Il est cependant admis, depuis un arrêt de la Cour de cassation du 9 mai 1980¹³, que celle-ci puise son pouvoir de contrainte dans "un engagement résultant d'une manifestation de volonté unilatérale". Selon cette

1. L'auteur remercie les établissements Bruylant et Larcier d'avoir autorisé la reproduction de certains passages des études suivantes: C. DELFORGE, "La formation des contrats sous un angle dynamique" et "Le conflit né de la confrontation de conditions générales contradictoires", *Le processus de formation du contrat, Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, M. FONTAINE (sous la direction de -), Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 439 à 553; B. DE CONINCK et C. DELFORGE, "La rupture des négociations et le retrait intempestif de l'offre. Régime et sanctions", *Le processus de formation du contrat*, M. VANWIJCK-ALEXANDRE et P. WÉRY (sous la direction de -), C.U.P., Bruxelles, Larcier, septembre 2004, Vol. 72, pp. 77 à 132.

2. La première partie de cette étude a été publiée dans cette revue (*R.G.D.C.* 2004, pp. 549-560).

3. Assistante au Centre de droit des obligations de la Faculté de droit de l'U.C.L. et avocate au barreau de Bruxelles.

4. R.J. POTHIER, *Œuvres complètes, Nouvelle édition, Traité des obligations*, Tome I, Paris, Thomine et Fortic Librairies, 1844, p. 8.

5. F. LAURENT, *Principes de droit civil*, Tome V, Bruxelles, Bruylant - Paris, Pedone, 1875, p. 545, n° 475.

6. J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, III, 1981, p. 15; P. VAN OMMESELAGHE, "L'engagement unilatéral en droit belge", *J.T.* 1982, pp. 144 et s.; L. CORNELIS, "Het aanbod bij het tot standkomen van overeenkomsten", *R.D.C.B.* 1983, pp. 6 et s.; J. VAN RYN, "L'engagement par déclaration unilatérale de volonté", *J.T.* 1984, pp. 129 et s.; P. VAN OMMESELAGHE, "Examen de jurisprudence (1974 à 1982). Les obligations", *R.C.J.B.* 1986, p. 135, n° 53; E. DIRIX et A. VAN OEVELEN, "Kroniek verbintenissenrecht (1985-1992)", *R.W.* 1992-93, col. 1210; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, "Chronique de jurisprudence. Les obligations: les sources (1985-1995)", *J.T.* 1996, p. 714, n° 73; B. WYLLEMAN, "Kanttekeningen bij de leer van de bindende kracht van het aanbod", *R.G.D.C.* 1994, pp. 463-490; M. VANWIJCK-ALEXANDRE et A. MAHY-LECLERCQ, "Le processus de formation du contrat: aspects juridiques", *La négociation immobilière: l'apport du notariat*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 165 et s., n° 41 et s.; M. COIPEL, *Éléments de théorie générale des contrats*, Diegem, Kluwer, 1999, pp. 41 et s., n° 55 et s.; S. DEBUSSCHERE, "De eenzijdige wilsverklaring als autonome bron van verbintenissen", note sous Gand 22 décembre 1998, *R.G.D.C.* 2002, pp. 578-583.

Il est donc incorrect de considérer, comme l'a fait la Cour d'appel de Mons, que "l'offre n'a aucune force obligatoire tant qu'elle n'est pas acceptée" (Mons 3 décembre 1996, *J.T.* 1997, p. 299).

7. Cet effet de l'offre n'est pas reçu par tous les systèmes juridiques. Voy. C. DELFORGE, *o.c.*, *Le processus de formation du contrat*, 2002, pp. 138 à 478. Dans les systèmes où l'offre n'est pas contraignante, celle-ci se voit néanmoins reconnaître un effet "formateur" en ce qu'elle concède toujours à son destinataire le "pouvoir" de former le contrat par sa seule adhésion. Certains auteurs persistent par ailleurs à contester le caractère obligatoire de l'offre en considérant que cette dualité d'effets ne serait jamais réellement "voulu" par l'offrant. En émettant une offre, le proposant aurait pour seule intention de concéder à celui à qui il s'adresse le pouvoir de contracter. Et ce pouvoir serait plus ou moins potestatif en fonction de la volonté de l'offrant, c'est-à-dire selon qu'il a entendu ou non s'obliger au maintien de son offre. Voy. sur ce point en France (où l'offre demeure non contraignante lorsqu'elle n'est pas assortie d'un délai d'acceptation): P. REMY-CORLAY, "Le consentement", *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats, Actes du colloque organisé par l'Institut Charles Demoulin les 30 et 31 janvier 2003*, Paris, L.G.D.J., 2003, p. 34.

8. L'expression est reprise à P. GOTHOT, "Les pourparlers contractuels", *Renaissance du phénomène contractuel*, Fac. dr. Liège, 1971, p. 25.

9. Cass. 16 mars 1989, *Bull. cass.* 1989, p. 737.

10. H. DE PAGE, *Traité, o.c.*, Tome II, n°s 51-52 et n° 519. Comme le soulignait par ailleurs l'éminent auteur, "rien ne s'oppose (...) à admettre l'engagement par volonté unilatérale, qui a pour effet de lier le débiteur par sa seule volonté, sans qu'il lui soit dès lors possible de se rétracter (...) l'obligation au contrat, si elle suit, ne viendra que se superposer à ce qui avait déjà une valeur juridique propre avant qu'elle survienne".

11. Fr. T'KINT, "Négociation et conclusion du contrat", *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Conférence du Jeune Barreau, 1984, p. 34; Cass. 16 mars 1989, *Pas.* 1989, pp. 737-745, n° 405.

12. Pour un aperçu de ces différentes théories, ainsi que les objections qu'elles ont suscitées, voy. not. B. WYLLEMAN, *o.c.*, *R.G.D.C.* 1994, pp. 464-465, n° 4 et s.; M. VANWIJCK-ALEXANDRE, "La réparation du dommage dans la négociation et la formation des contrats", *Ann. dr. Liège* 1980, pp. 40 et s.; L. CORNELIS, *o.c.*, *R.D.C.B.* 1983, n° 14 et s.; M. COIPEL, "La théorie de l'engagement unilatéral de volonté", note sous Cass. 18 décembre 1974, *R.C.J.B.* 1980, pp. 80 et s., n° 17 et s.

13. Cass. 9 mai 1980, *Pas.* 1980, I, 1127; Cass. 16 mars 1989, *Pas.* 1989, I, 737. Un arrêt du 18 décembre 1974 (*J.T.T.* 1975, p. 53 et *Pas.* 1975, I, 425) semblait déjà tendre vers cette position, mais le fondement de la sanction n'y était pas posé. Pour une jurisprudence plus récente, voy. par ailleurs les références citées par L. SIMONT, "L'engagement unilatéral", *Les obligations en droit français et en droit belge: convergences et divergences (Actes des journées d'étude organisées les 11 et 12 décembre 1992 par la Faculté de droit de Paris Saint-Maur et la Faculté de droit de l'U.L.B.)*, Paris, L.G.D.J. - Bruxelles, Bruylant, 1994, pp. 36 et s.; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, *o.c.*, *J.T.* 1996, p. 692, n° 7; N. DEBUSSCHERE, *o.c.*, *R.G.D.C.* 2002, pp. 578 et s.



théorie, souvent attribuée à H. DE PAGE¹⁴, mais qui puise en réalité ses racines dans le droit allemand¹⁵, la force contraignante de l'offre découlerait du comportement adopté par son auteur et de la volonté qu'il a ainsi exprimée.

3 Point de départ de la force obligatoire. À défaut de précision différente, l'offre publique prend effet dès son extériorisation¹⁶.

Lorsque l'offre est adressée à un destinataire précis, elle acquiert force obligatoire au moment où elle parvient à ce dernier¹⁷ par application de la théorie de la réception. Dans ce cas, sera déterminant le moment où l'offre atteint son destinataire et que celui-ci est en mesure d'en prendre connaissance¹⁸.

4 Durée de la force obligatoire. Exigence d'une acceptation immédiate. Lorsque les parties sont en présence l'une de l'autre, l'offre est censée être acceptée à ce moment sauf stipulation ou usage contraires. L'offrant n'est dès lors pas tenu de la maintenir après ce moment et l'acceptation devrait être immédiate.

Il en va de même lorsque l'offre est faite par téléphone¹⁹ ou via un site web²⁰. Dans ce dernier cas, le caractère extrêmement fluctuant du contenu des sites justifierait que l'offre doive être acceptée au moment de leur consultation et que le consommateur ne puisse exiger que l'offre soit conservée intacte. Admettre un tel principe suppose dès lors, inversement, que le vendeur se voit reconnaître un droit plus étendu de modification ou de retrait²¹.

5 Octroi d'un délai de réflexion. Lorsque le contrat est négocié entre absents ou lorsqu'il est d'usage d'accorder un certain délai, l'offre doit être maintenue pendant le délai qu'elle fixe²² ou, à défaut d'une telle précision, pendant un

délai suffisant pour permettre à son destinataire de prendre position et d'accepter²³. L'obligation imposée à l'offrant de respecter l'écoulement d'un délai "raisonnable"²⁴ est dans ce cas implicite.

La durée du délai raisonnable est une question de fait abandonnée à l'appréciation exclusive des juges du fond²⁵. Celle-ci devra être suffisante pour permettre au destinataire de l'offre d'en prendre connaissance, de disposer d'un délai de réflexion et d'y répondre. Seront sur ce point pertinents les usages admis dans le secteur concerné, la nature de l'opération envisagée (complexité et importance financière, etc.), mais également les circonstances entourant celle-ci (nécessité d'obtenir certaines informations préalables, dis-

14. H. DE PAGE, *Traité*, II, p. 513, n° 519.

15. C'est en particulier grâce aux travaux de Worms et Saleilles que cette théorie a reçu un écho en doctrine francophone. Voy. R. WORMS, *De la volonté unilatérale envisagée comme source d'obligations*, Thèse, Paris, 1891; R. SALEILLES, *Étude de la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'empire allemand*, Paris, 1914. Voy. aussi N. DEBUSSCHERE, *o.c.*, *R.G.D.C.* 2002, pp. 579 et s. ainsi que les références citées.

16. M. VANWIJCK-ALEXANDRE et A. MAHY-LECLERCQ, *o.c.*, *La négociation immobilière: l'apport du notariat*, 1998, p. 168, n° 46; P. VAN OMMEFLAGHE, *o.c.*, *J.T.* 1982, p. 144.

17. Fr. T'KINT, *o.c.*, *Les obligations contractuelles*, 1984, p. 34; B. WYLLEMAN, *o.c.*, *R.G.D.C.* 1994, pp. 478 et s. Cette solution est identique quel que soit le mode de communication utilisé par l'offrant.

18. Voy. not. Cass. 25 mai 1990, *Arr. Cass.* 1989-90, 1218 et *Pas.* 1990, I, 1087; Bruxelles 14 octobre 1987, *R.G.* 82/1645. Voy. en doctrine C. CAUFFMAN, "Aanbod en aanvaarding volgens de Principes of European Contract Law, getoetst aan het Belgische recht", J. SMITS et S. STIJNS (ed.), *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, Intersentia, 2002, pp. 11 et s., spéc. pp. 26 et s. Comp. B. WYLLEMAN, *o.c.*, *R.G.D.C.* 1994, p. 479 (qui marque une préférence pour le moment de la connaissance "effective" de l'offre par son destinataire).

19. *R.P.D.B.*, v° *Contrat et convention en général*, p. 14, n° 186.

20. Voy. les références citées par Chr. BIQUET-MATHIEU et J. DECHARNEUX, "Aspects de la conclusion du contrat par voie électronique", *Act. dr.* 2002, p. 166.

21. En matière d'offre via un portail internet, la question se pose dès lors de la compatibilité d'une telle règle avec le respect des principes généraux – et en particulier le principe selon lequel l'offre, une fois extériorisée, doit demeurer intacte et ne peut être valablement révoquée – et la protection des intérêts des consommateurs. La principale objection réside ici dans un argument de texte. En vertu de l'art. 78, 9° de la loi du 14 juillet 1991, en effet, le vendeur qui offre des produits et services aux consommateurs est *toujours* tenu de mentionner dans son offre la durée de validité qu'il lui a conférée. Et il n'est pas certain qu'il lui suffise, pour respecter cette exigence, d'informer, même de manière lisible, le consommateur que l'offre est susceptible de modification ou de retrait "à tout moment" (Chr. BIQUET-MATHIEU et J. DECHARNEUX, *o.c.*, *Act. dr.* 2002, p. 168). Pour le reste, l'important paraît être de s'assurer du respect conjoint des deux objectifs sous-tendus par les principes généraux applicables à l'offre: sécurité juridique et respect des attentes légitimes d'une part, fluidité et spécificité du marché d'autre part.

22. Civ. Bruges 24 mars 1997, *T. Not.* 1998, pp. 54-61.

23. H. DE PAGE, *Traité*, II, n°s 519-520; M. COIPEL, "La théorie de l'engagement par volonté unilatérale", *R.C.J.B.* 1980, p. 81, n° 18; L. CORNELIS, *o.c.*, *R.D.C.B.* 1983, p. 31; Fr. T'KINT, *o.c.*, *Les obligations contractuelles*, 1984, pp. 44-46; L. CORNELIS, "La responsabilité précontractuelle, conséquence éventuelle du processus précontractuel", *R.G.D.C.* 1990, p. 394; B. WYLLEMAN, *o.c.*, *R.G.D.C.* 1994, p. 479; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, *o.c.*, *J.T.* 1996, p. 714, n° 73; M. VANWIJCK-ALEXANDRE et A. MAHY-LECLERCQ, *o.c.*, *La négociation immobilière: l'apport du notariat*, 1998, pp. 170 et s., n°s 49 et s.; M. COIPEL, *Éléments de théorie générale des contrats*, *o.c.*, 1999, p. 38; M. COIPEL, "La théorie de l'engagement par volonté unilatérale et son intérêt particulier en droit des sociétés", *Mélanges offerts à P. Van OmmeFLAGHE*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 41, n° 23 (qui considère que la bonne foi impose l'octroi d'un tel délai lorsque l'offrant n'a rien précisé et préconise dans ce cas de sanctionner le retrait de l'offre sans délai d'une responsabilité aquilienne).

24. L'usage de l'expression "délai raisonnable" est généralement retenu: voy. M. VANWIJCK-ALEXANDRE, *o.c.*, *Ann. dr. Liège* 1980, p. 40; Fr. T'KINT, *o.c.*, *Les obligations contractuelles*, 1984, p. 37, n° 53; T. STAROSSELETS, "Offre et acceptation: principes et quelques questions spéciales", *Le processus de formation du contrat*, C.U.P., Vol. 72, 2004, p. 29, n° 17. Voy. aussi en jurisprudence Civ. Mons 15 mars 2000, *J.L.M.B.* 2001, p. 1314; Civ. Bruges 24 mars 1997, *T. Not.* 1998, pp. 54-61; C. Trav. Liège 29 juin 1989, *C.D.S.* 1990, p. 129; Mons 30 janvier 1987, *J.L.M.B.* 1987, p. 889; Mons 10 décembre 1985, *R.D.C.* 1986, p. 670 et *J.L.M.B.* 1987, p. 1122.

Certains parlent cependant de "délai de validité" de l'offre (L. CORNELIS, *o.c.*, *R.G.D.C.* 1990, p. 409) ou de "délai moral d'acceptation" (Civ. Liège 29 octobre 1980, *B.A.* 1982, pp. 303-306 et obs.; H. DE PAGE, *Traité*, II, p. 517, n° 524). Ces deux dernières formulations ne sont pas indiquées d'un point de vue strictement juridique.

25. C'est donc nécessairement *a posteriori*, et en cas de contestation, que le juge sera amené à apprécier si un délai raisonnable a été consenti. Voy. les références citées par B. WYLLEMAN, *o.c.*, *R.G.D.C.* 1994, p. 480, note 79 dont Civ. Bruxelles 18 mai 1989, *J.T.* 1989, p. 512 et J.P. Namur 9 juillet 1985, *J.J.P.* 1988, p. 163.



tance entre les parties, mode de communication utilisé²⁶, etc.)²⁷.

La jurisprudence offre peu d'exemples concrets permettant de préciser quelle est la durée "raisonnable" du délai d'acceptation au regard de la nature particulière de chaque contrat. Il a cependant été jugé qu'en matière de vente au consommateur, ce délai devrait être de sept jours, en comparaison du délai légalement admis en matière de ventes conclues en dehors de l'établissement du vendeur²⁸. La cession d'un fonds de commerce tolérerait quant à elle l'octroi d'un délai de "réflexion" d'un mois²⁹ alors que le vendeur d'un immeuble qui convient avec un amateur d'une visite du bien à une date précise s'obligerait tacitement à maintenir son offre à tout le moins jusqu'à la visite prévue³⁰. En matière de bail, enfin, les usages ne sauraient tolérer que l'offrant demeure dans l'incertitude pendant sept mois et demi³¹.

S'il convient de tenir compte des éléments objectifs constituant le contexte dans lequel s'inscrit le projet contractuel, il ne semble par contre pas pertinent de tenir compte d'éléments qui affecteraient l'acceptation, comme notamment un éventuel retard dans son acheminement. Bien que la jurisprudence et la doctrine³² n'en disent mot, la question se pose notamment de savoir si la bonne foi n'imposerait pas à l'offrant d'informer le destinataire de l'échéance du délai³³. La rigueur des principes implique que l'offre perd toute force obligatoire à la seule échéance du terme³⁴ et que le pollicitant n'est pas tenu d'avertir le destinataire de la caducité de son

offre ni de lui consentir un ultime délai d'acceptation. Il semble donc *a priori* excessif d'imposer une obligation positive d'information qui serait d'application générale. Certaines circonstances, comme la durée des négociations et la confiance tissée entre les négociateurs dans la recherche d'un accord, pourraient cependant exceptionnellement justifier une solution inverse lorsqu'il est établi que l'offrant avait connaissance du retard pris par l'acceptation et de l'intérêt porté par le destinataire à la proposition qui lui avait été soumise.

6 Fin de la force obligatoire de l'offre. Le désintérêt du destinataire de l'offre. L'offre non acceptée à l'échéance du délai d'acceptation devient "caduque"³⁵. Il en sera de même lorsque son destinataire la refuse.

La doctrine assimile également à un rejet de l'offre l'envoi, par son destinataire, d'une acceptation qui renferme des réserves portant sur des éléments essentiels ou substantiels du contrat en projet³⁶. Dans ce cas, l'acceptation constituera une nouvelle offre³⁷ que l'offrant originaire sera libre d'accepter ou non.

Dans toutes ces situations, la caducité de l'offre permet à l'offrant de recouvrer sa pleine liberté de conclure avec un tiers ou de renoncer à l'opération. Mais il y a plus. Le principe veut que l'offre devenue caduque ne puisse renaître de ses cendres. Ainsi, par le rejet de l'offre, son destinataire se prive de la faculté de se raviser³⁸. La règle se justifie par une volonté de ne pas contraindre indéfiniment l'offrant à maintenir son offre, malgré le rejet de celle-ci, pendant le délai qu'il avait initialement fixé³⁹.

26. Un parallélisme des formes pourrait se justifier. En ce sens, il pourrait notamment être considéré comme déraisonnable d'accepter une offre faite par un moyen rapide de communication par un moyen sensiblement plus lent, comme par exemple dans le cas où le destinataire de l'offre répond à un télex par un courrier ordinaire. Cette solution est admise dans d'autres droits (voy. not. sur ce point V. HEUZÉ, *La vente internationale de marchandises, Droit uniforme*, Paris, Gln Joly Éditions, 1992, p. 152, n° 191; Cl. WITZ, *Droit privé allemand, I. Actes juridiques, Droits subjectifs*, Paris, Litec, 1992, p. 138, n° 147; M. FURMSTON, T. NORISADA et J. POOL, *Contract Formation and Letters of Intent*, Chichester-New York-Weinheim-Brisbane-Singapore-Toronto, John Wiley & Sons, 1998, 62-63; P. OSWIA, *Formation of contract, A comparative Study under English, French, Islamic and Iranian Law*, London-Dordrecht-Boston, Graham & Trotman, 1993, 474; E. ERRANTE, *Le droit anglo-américain*, L.G.D.J., Jupiter, 1997). Nous n'en avons trouvé aucune illustration en jurisprudence belge.

27. Voy. not. Mons 3 décembre 1996, *J.L.M.B.* 1997, p. 818; Fr. T'KINT, *o.c.*, *Les obligations contractuelles*, 1984, p. 37, n° 53.

28. Civ. Mons 15 mars 2000, *J.L.M.B.* 2001, pp. 1309 à 1315, spéc. p. 1314.

29. Mons 10 décembre 1985, *R.D.C.* 1986, p. 670 et note Cl. PARMEN-TIER.

30. Cass. fr. 17 décembre 1958, *D.* 1959, *Jur.*, 33 et obs. cité par Fr. T'KINT, *o.c.*, *Les obligations contractuelles*, 1984, p. 36, n° 52.

31. J.P. Namur, 9 juillet 1985, *J.J.P.*, 1988, p. 163 et note B. DUBUIS-SON.

32. Voy. cependant l'opinion isolée de L. CORNELIS qui paraît exiger une mise en demeure ou un préavis toutes les fois que l'offre n'est pas assortie d'un délai d'acceptation (L. CORNELIS, *o.c.*, *R.D.C.B.* 1983, p. 30, n° 26).

33. Comp. avec le droit allemand où le B.G.B. impose à l'offrant une obligation positive d'information s'il a connaissance d'un retard dans l'acheminement de l'acceptation et que ce retard est indépendant de la volonté de l'acceptant. Voy. sur ce point M. PÉDAMON, *Le contrat en droit allemand*, Paris, L.G.D.J., 1993, p. 32.

34. Voy. *infra*, n° 6.

35. H. DE PAGE, *Traité*, p. 515, n° 521. Ainsi, pour former le contrat, l'acceptation doit parvenir à l'offrant pendant le temps où l'offre est efficace. Au-delà, elle est tardive et constitue une nouvelle offre (voy. L. CORNELIS, *o.c.*, *R.G.D.C.* 1990, p. 409; Fr. T'KINT, *o.c.*, *Les obligations contractuelles*, 1984, pp. 45-46).

36. L. CORNELIS, *o.c.*, *R.G.D.C.* 1990, p. 409. Comp. Fr. T'KINT, *o.c.*, *Les obligations contractuelles*, 1984, pp. 45-46. Le rejet de l'offre n'entraîne pas nécessairement la rupture des négociations, lesquelles peuvent parfaitement se poursuivre si telle est la volonté des parties.

37. L'acceptation doit cependant contenir des divergences majeures, attestant ainsi l'absence d'accord entre les parties. Tel ne sera par exemple pas le cas si le destinataire de l'offre se borne, dans sa réponse, à inviter le pollicitant à préciser certains termes de sa proposition ou à lui demander des informations complémentaires. Voy., pour plus de développements concernant cette question, *infra*, n° 20.

38. *R.P.D.B.*, v° *Contrat et convention en général*, p. 12, n° 146. Voy. également Bruxelles 28 avril 1987, *J.L.M.B.* 1988, p. 868.

39. Pourtant, d'un point de vue théorique, pareille position se concilie difficilement avec la théorie de l'engagement par volonté unilatérale. Si l'on comprend aisément, dans un système affirmant le caractère obligatoire de la pollicitation, que cette contrainte doive être maintenue pendant une durée minimale, la théorie de l'engagement par volonté unilatérale pourrait dicter une solution différente. En effet, à partir du moment où l'on considère que l'offre est en elle-même, et indépendamment du comportement de son destinataire, contraignante pendant une certaine période, elle devrait théoriquement pouvoir survivre au refus manifesté, et ce jusqu'à l'échéance qu'elle détermine. L'objection, théorique, paraît pertinente. Elle doit cependant céder face à l'équité et aux nécessités du commerce, lesquelles plaident en faveur de la libération de l'offrant. On ne pourrait en effet légitimement aller jusqu'à exiger de l'offrant qu'il reste soumis au bon vouloir de celui à qui il s'est adressé, d'autant qu'il est de sa responsabilité d'analyser avec prudence l'offre qui lui a été faite et de ne la rejeter que s'il est certain que telle est sa volonté définitive.



7 **Les circonstances tenant à la personne de l'offrant.** La doctrine classique⁴⁰ considérait que, dans la mesure où l'offre puise sa force obligatoire dans un engagement par déclaration de volonté unilatérale, le décès, l'incapacité ou la faillite de l'offrant devaient nécessairement avoir pour effet de la rendre caduque. Depuis, les auteurs⁴¹ adoptent une position inverse considérant que l'offre doit être maintenue en dépit de ces circonstances "jusqu'au moment où la réponse du correspondant aurait normalement pu être reçue" à moins que le contrat en projet constitue un contrat *intuitu personae* dans le chef de l'offrant.

B. La sanction du caractère obligatoire de l'offre

1. Précisions terminologiques

8 **Rétractation et révocation.** Le terme "rétractation"⁴² – auquel nous préférons celui plus neutre de "retrait" – vise au sens large toute "manifestation de volonté contraire par laquelle l'auteur d'un acte ou d'une manifestation unilatérale de volonté entend revenir sur sa volonté et la retirer comme si elle était non avenue, afin de la priver de tout effet passé ou à venir"⁴³. Cette définition rejoint par ailleurs le sens usuel réservé à la notion, lequel englobe toutes les situations où une personne prétend revenir sur ce qu'elle a dit, écrit ou fait.

Dans un sens plus restreint, la "rétractation" se distingue de la "révocation" dès lors qu'elle vise la libération de l'offrant *avant* que l'offre ait pris effet. La situation est alors celle où l'offrant utilise un mode de communication plus rapide que pour l'offre⁴⁴. Dans ce cas, au moment où intervient la rétractation, le destinataire de l'offre n'en a pas eu connaissance. Il ne subit donc aucun dommage du fait de

ce retrait. La rétractation est parfaitement valide. L'absence de faute, et de dommage, justifie en effet d'exclure toute responsabilité⁴⁵.

La "révocation" vise au contraire la situation où l'offrant prétend retirer son offre *après* que celle-ci a pris effet, c'est-à-dire à un moment où elle est parvenue à son destinataire et que celui-ci dispose du droit d'accepter. L'admission de la théorie de l'engagement par déclaration de volonté unilatérale comme fondement de la force obligatoire de l'offre rend désormais toute révocation génératrice de responsabilité⁴⁶. L'offrant ne peut ainsi retirer son offre⁴⁷ ni la modifier⁴⁸. Il ne peut davantage conclure le contrat avec un tiers pendant le délai d'acceptation.

2. Les sanctions de la révocation de l'offre

9 **État des lieux.** Demeure la délicate question de la sanction susceptible d'atteindre la versatilité de l'offrant pendant le délai de validité de l'offre. Faut-il y appliquer les règles de la responsabilité civile extracontractuelle, droit commun des actes générateurs de dommages, ou une autre base? De même, quelle sera la nature de la sanction applicable?

Aucune position unanime ne ressort des décisions rendues. La majorité semble sanctionner le retrait intempestif de l'offre d'une responsabilité extracontractuelle⁴⁹, mais la res-

40. Voy. not. H. DE PAGE, *Traité*, II, p. 515.

41. J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes*, Tome III, 1981, p. 16, n° 10. Voy. également T. STAROSSELETS, *o.c.*, *Le processus de formation du contrat*, 2004, pp. 33-34. La question mériterait probablement d'être approfondie.

42. Cette précision terminologique est rarement usitée par les auteurs, lesquels paraissent utiliser indistinctement les termes de "révocation" ou "rétractation". On la doit à R. SALEILLES ("De la déclaration de volonté", *Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*, p. 149) et A. RIEG (*Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, Paris, L.G.D.J., 1961, p. 529, n° 520). Nous l'avons également adoptée dans notre contribution publiée en 2002. Voy. depuis lors: T. STAROSSELETS, *o.c.*, *Le processus de formation du contrat*, 2004, pp. 30 et s., n°s 18 et s.; E. MONTERO et M. DEMOULIN, "La formation du contrat depuis le Code civil de 1804: un régime en mouvement sous une lettre figée", *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, Bruxelles, La Charte, 2004, p. 80. Voy. enfin, pour une étude plus approfondie, S. MIRABAIL, *La rétractation en droit privé français*, Paris, L.G.D.J., 1997.

43. G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, P.U.F., Quadrige, p. 776.

44. Cette rétractation pourra tout autant être "matérielle" qu'"intellectuelle". Par "rétractation matérielle", est visée l'hypothèse où le pollicitant réussit à "matériellement" intercepter son offre avant qu'elle parvienne à son destinataire. Dans ce cas, aucune difficulté ne se pose dans la mesure où, par hypothèse, l'offre ne parviendra jamais à son destinataire et ne liera donc jamais l'offrant. La rétractation est, par contre "intellectuelle" lorsque l'offrant s'adresse au destinataire de l'offre et l'avertit qu'il a retiré ou modifié son offre.

45. Liège 2 juin 2003, 1999/RG/95, *inédit*, Somm. in *J.L.M.B.* 2004, p. 706; Civ. Mons 30 janvier 1987, *J.L.M.B.* 1987, p. 889. Voy. encore S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, *o.c.*, *J.T.* 1996, p. 714, n° 73 (et les références citées); M. COIPEL, "La théorie de l'engagement unilatéral de volonté", note sous Cass. 18 décembre 1974, *R.C.J.B.* 1980, p. 81, n° 18; H. DE PAGE, *Traité élémentaire*, Tome II, p. 512, n° 519; *R.P.D.B.*, v° *Contrat et convention en général*, p. 8, n° 56 et les références citées.

46. Il est intéressant de noter que cette solution n'est pas celle qui a été réadaptée par les Principes Unidroit. Selon l'art. 2.1.4, en effet, "l'offre peut être révoquée si la révocation parvient au destinataire avant que celui-ci ait expédié son acceptation". Il n'y sera fait exception que si l'offre indiquait, notamment par la précision d'un délai, qu'elle était irrévocable ou si le destinataire de l'offre a été "raisonnablement fondé à croire" que l'offre était irrévocable et qu'il a agi en conséquence. L'art. 2:202 des Principes du droit européen du contrat pose un principe similaire.

47. Mons 10 décembre 1985, *R.D.C.* 1986, p. 670.

48. La force obligatoire de l'offre implique en effet que l'offrant est non seulement tenu de maintenir son engagement, mais encore de le maintenir intact. La question se pose cependant de savoir ce qu'il en est en cas d'offres contradictoires émises successivement. La jurisprudence et la doctrine ne fournissent guère de réponse. La rigueur des principes semble exiger que l'offrant ne puisse se dégager de la première offre pour le seul motif que d'autres y font suite. Les choses seront cependant plus délicates dans la pratique, notamment si l'on a égard au fait que l'offrant pourrait être reçu à prétendre unilatéralement "rétracter" une offre entachée d'une erreur matérielle. Voy. not. T. STAROSSELETS, *o.c.*, *Le processus de formation du contrat*, 2004, pp. 30-31; C. DELFORGE, "Offres successives et rencontre des volontés", note sous Comm. Mons 8 juillet 2003, *R.G.D.C.* 2004, pp. 211-213.

49. La jurisprudence reste cependant très prudente dans la formulation qu'elle adopte et, souvent, ne précise pas la nature de la responsabilité encourue. Voy. dans ce sens L. CORNELIS, *o.c.*, *R.G.D.C.* 1990, p. 394, n° 4; M. COIPEL, *o.c.*, *R.C.J.B.* 1980, 85, n° 22; Fr. T'KINT, *o.c.*, *Les obligations contractuelles*, 1984, pp. 45-46. Pour un exemple de responsabilité extracontractuelle, voy. not. Civ. Mons 15 mars 2000, *J.L.M.B.* 2001/30, pp. 1309-1315.



ponsabilité contractuelle est également retenue par certains auteurs⁵⁰ ainsi que par une partie de la jurisprudence⁵¹. De même, l'octroi de dommages et intérêts est souvent préféré⁵², quoique l'exécution en nature soit également accordée⁵³. Cette dernière sanction reçoit notamment les faveurs de certains juges lorsqu'il est établi que le tiers qui a traité avec l'offrant a sciemment porté son concours à la méconnaissance de l'offre et voit ainsi sa responsabilité engagée sur la base des articles 1382 et 1383 du Code civil (tierce complicité)⁵⁴.

En réalité, deux questions distinctes sous-tendent cette problématique, étant entendu que la nature, contractuelle ou extracontractuelle, de la responsabilité est en principe sans incidence sur le mode d'exécution (en nature ou par équivalent) qui sera préféré par le juge.

10 Nature de la responsabilité en cas de révocation.

Quant à la nature de la responsabilité mise en cause, celle-ci nous semble dépendre de chaque cas d'espèce et, en particulier, du moment où intervient la révocation.

Seule une responsabilité extracontractuelle⁵⁵ paraît théoriquement se justifier lorsque la révocation est reçue durant le délai de validité de l'offre et *avant* que l'acceptation parvienne à l'offrant. À ce moment, en effet, aucun contrat ne s'est déjà formé de sorte que la responsabilité ne saurait être de nature contractuelle. La faute consiste alors à ne pas avoir respecté ce à quoi l'on s'est unilatéralement engagé.

Si, par contre, la révocation intervient *après* la réception de l'acceptation, la responsabilité sera de nature contractuelle, cette dernière n'étant – théoriquement – concevable que si le destinataire de l'offre a accepté l'offre avant la prise d'effet de la révocation. La faute est dans ce cas assimilée à un défaut d'exécution et la responsabilité mise en cause ne sanctionnera donc pas, *en soi*, le retrait de l'offre⁵⁶.

Pareille variété des solutions, certainement peu opportune, ne semble pouvoir être éludée dans un système dualiste tel que le connaît le droit belge.

11 Sanction. Quel que soit le fondement de la responsabilité, l'exécution en nature – et dès lors l'inefficacité de la révocation et la conclusion "forcée" du contrat – se justifie par principe, l'exécution par équivalent devant se cantonner aux seules situations où la première est impossible⁵⁷ ou constituerait, si elle était accordée, un abus de droit⁵⁸. La règle, qui s'impose déjà en matière d'inexécution d'une obligation contractuelle⁵⁹, se justifie également dans les cas où le retrait de l'offre génère une responsabilité extracontractuelle.

Plusieurs objections sont traditionnellement élevées à l'encontre de la conclusion forcée du contrat, en particulier

50. Voy. L. CORNELIS, *o.c.*, *R.G.D.C.* 1990, p. 409, note n° 94 et p. 425, n° 32. Comp. Fr. T'KINT, *o.c.*, *Les obligations contractuelles*, 1984, pp. 36-38 qui n'accepte cette conséquence que dans l'hypothèse où l'offre mentionne expressément un délai d'acceptation.
51. Mons 10 décembre 1985, *R.D.C.* 1986, 671 et note Cl. PARMENIER; Bruxelles 9 mars 1987, *J.P.A.* 1987, 317. Voy. également les références citées par M. VANWIJCK-ALEXANDRE, *o.c.*, *Ann. dr. Liège* 1980, p. 48.
52. Voy. dans ce sens L. CORNELIS, *o.c.*, *R.D.C.B.* 1983, p. 35; C. RENARD, E. VIEUJEAN et Y. HANNEQUART, *Théorie générale des obligations*, Bruxelles, Larcier, 1957-58, p. 108, n°s 265-627; L. HENEBICQ et M.P. WOUTERS, *o.c.*, *Les Nouvelles*, pp. 108-109, n°s 265 et s.; R. VANDEPUTTE, *De overeenkomst*, Bruxelles, Larcier, p. 49; Fr. T'KINT, *o.c.*, *Les obligations contractuelles*, 1984, pp. 37-39 (à tout le moins lorsque l'offrant n'a assorti son offre d'aucun délai). Voy. également les références citées par M. COIPEL, *Éléments de théorie générale des contrats*, *o.c.*, 1999, p. 35, note 46.2 et par M. VANWIJCK-ALEXANDRE, *o.c.*, *Ann. dr. Liège* 1980, p. 48. Voy. enfin en France J. GHESTIN et B. DESCHÉ, *Traité des contrats, La vente*, Paris, L.G.D.J., 1990, spéc. pp. 118 et s., n°s 112 et s.
53. Voy. not. Anvers 12 avril 1989, *R.N.B.* 1989, p. 597; Liège 14 octobre 2002, *J.T.* 2003, p. 66 et *J.L.M.B.* 2003, pp. 1267-1271. Voy. également en doctrine M. COIPEL, *o.c.*, *R.C.J.B.* 1980, p. 85, n° 22 (selon qui "si le destinataire établit qu'il a accepté l'offre (...) ou qu'il l'aurait certainement acceptée dans le délai, il peut en principe demander (...) la formation du contrat (...)"); L. CORNELIS, *o.c.*, *R.G.D.C.* 1990, p. 421, n° 28. Comp. M. BOLLEN, "Precontractuele aansprakelijkheid voor het afspringen van onderhandelingen, in het bijzonder m.b.t. een acquisitieovereenkomst", *R.G.D.C.* 2003, p. 142, n° 15.
54. Notons la nature particulière de cette tierce complicité qui est alors déduite de la méconnaissance d'un engagement contractuel (lorsque la conclusion du contrat avec le tiers est *postérieure* à l'acceptation) ou d'un engagement par volonté unilatérale (lorsque la conclusion du contrat avec le tiers est *antérieure* à l'acceptation). Dans les deux cas, l'offrant et le tiers seront condamnés *in solidum*. La responsabilité du tiers ayant contracté avec l'offrant nous paraît toujours pouvoir être engagée s'il avait – ou devait avoir – connaissance de l'offre consentie et a prêté son concours à sa méconnaissance. Un engagement par déclaration de volonté unilatérale est en effet, selon nous, tout autant opposable aux tiers que l'est un contrat. Il nous semble de même logique de considérer que les conditions imposées à la mise en cause de la responsabilité du tiers sont celles retenues en matière de tierce complicité à la violation d'une obligation contractuelle (application de la théorie de la fraude simple) dès lors qu'il s'agit d'assurer la protection d'un droit de créance (Comm. Bruxelles 22 mars 1962, *R.C.J.B.* 1962, p. 339) également.

55. Demeure la question de savoir si cette responsabilité est une responsabilité aquilienne au sens des artt. 1382 et 1383 du Code civil. La réponse paraît devoir être négative dès lors que la Cour de cassation belge a fondé la force obligatoire de l'offre sur la théorie de l'engagement par déclaration de volonté unilatérale et, ce faisant, a rejeté la thèse défendue par certains auteurs d'appliquer les artt. 1382 et 1383 du Code civil. La question mériterait cependant davantage réflexion.
56. Comme le relève avec pertinence T. STAROSSELETS (*o.c.*, *Le processus de formation du contrat*, 2004, pp. 32-33, n° 21), l'offrant aura dans ce cas probablement intérêt, afin d'éviter la mise en cause de sa responsabilité, à "muer" son retrait en une résiliation unilatérale du contrat lorsque la loi autorise ce mode de dissolution.
57. Dans le même sens, voy. M. VANWIJCK-ALEXANDRE et A. MAHY-LECLERCQ, *o.c.*, *La négociation immobilière: l'apport du notariat*, 1998, pp. 172 et s., n°s 51 et s. En matière d'offre de vente immobilière, certains auteurs admettent l'existence d'une impossibilité en cas d'aliénation du bien par son acquéreur, à tout le moins lorsque le sous-acquéreur est de bonne foi (voy. M. VANWIJCK-ALEXANDRE et S. BAR, *o.c.*, *Le processus de formation du contrat*, 2004, pp. 171 et s., n°s 46 et s.). C'est probablement ici également une question qui mériterait d'être approfondie.
58. Voy. P. WÉRY, "L'exécution en nature de l'obligation contractuelle et la réparation en nature du dommage contractuel", *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, Études de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2001, pp. 219 et s., n°s 10 et s.; I. CORNESSE, "L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles", *R.R.J.* 2003-4, pp. 2240 et s.
59. Voy. encore récemment Cass. 30 janvier 2003, *J.L.M.B.* 2004, p. 672 et *R.G.D.C.* 2004, pp. 405-409. Voy. également les références plus anciennes citées par S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, *o.c.*, *J.T.* 1996, p. 720, n° 93.



lorsque la révocation intervient avant la réception de l'acceptation. La principale réside dans la considération que le contrat serait alors conclu "contre" – et donc "sans" – la volonté de l'offrant, ce qui heurterait le volontarisme contractuel⁶⁰ puisqu'à aucun moment un véritable échange des consentements ne saurait être observé. Mais la solution ne serait pas seulement juridiquement inadéquate. Elle serait également inopportune en fait, le "forçage"⁶¹ du contrat contrariant – voire annihilant – la loyauté contractuelle et le respect des exigences de bonne foi⁶².

La portée de ces objections nous paraît devoir être relativisée. Tout d'abord, l'inopportunité de la sanction ne semble pas constituer un argument suffisant dès lors que, juridiquement, seuls l'impossibilité et l'abus de droit peuvent être regardés comme des obstacles à l'exécution en nature. Plus fondamentalement, la critique paraît contestable en ce qu'elle omet que la loyauté est elle-même susceptible de degrés. La crainte ne saurait en effet être réelle que dans certains contrats, à savoir ceux qui reposent sur une collaboration entre les parties. Il n'est ainsi pas évident que la conclusion forcée soit réellement inadéquate lorsque le contrat ne présente aucun aspect relationnel prépondérant.

Nous pensons également pouvoir rencontrer la première objection. Premièrement, l'argument contrarie le principe même de la force obligatoire de l'offre s'il implique d'admettre que l'offrant puisse, par sa seule volonté, retirer

l'engagement qu'il a précédemment pris. C'est oublier que, contrairement à une opinion largement reçue, la liberté de l'offrant n'est pas de se lier et de se délier ensuite⁶³, mais bien uniquement, et en amont, de se lier ou de ne pas se lier⁶⁴. Une fois cette dernière liberté exercée, il s'en dépouille, comme il le fait lorsqu'il s'engage dans les liens d'un contrat.

Ensuite, seule l'existence de deux consentements convergeant relativement à un même objet paraît devoir être recherchée, non leur simultanéité temporelle. Il en est d'autant plus ainsi que, dans la théorie classique, la scission du processus de formation du lien contractuel implique nécessairement que l'un des consentements précède l'autre, ce qui tolère déjà en soi un décalage dans le temps entre l'émission des deux volontés constitutives du contrat.

Troisièmement, il peut être soutenu que ce qui est recherché ici – dès lors que l'on se fonde sur l'engagement par déclaration de volonté unilatérale –, ce n'est pas la rencontre de deux volontés intimes, mais bien de deux déclarations de volontés. Pareille lecture est déjà admise juridiquement dans d'autres situations où l'existence d'obligations peut être reconnue indépendamment d'une volonté réelle contraire, comme c'est notamment le cas lorsqu'est reçue la théorie du mandat apparent⁶⁵. Il convient de se garder de croire que le juriste serait à même de sonder le cœur et l'esprit des contractants, et, partant, que le droit et la justice partageraient cette vertu parfaite de toujours faire coïncider la réalité vécue avec la règle. Certes, de la sorte, le contrat s'apparentera davantage à un "contrat-sanction"⁶⁶, mais, fondamentalement, qu'est-ce qui justifie que la solution admise une fois le contrat conclu ne puisse être transposée en matière d'engagement par déclaration de volonté unilatérale? Certes, l'on admet ainsi qu'une fois l'offre émise, la

60. C'est ce que pensaient en particulier L. HENNEBICQ et M.P. WOUTERS, *Les Nouvelles*, Tome IV, p. 108, n° 265. Voy. également pour la portée de ces objections H. DE PAGE, *Traité*, II, p. 513 (qui considère que l'exécution en nature doit demeurer exceptionnelle); Fr. T'KINT, o.c., *Les obligations contractuelles*, 1984, p. 36. Voy. enfin M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, Tome IV, pp. 174-175; D. MAZEAUD, note sous Cass. fr. civ. 30 avril 1997, *D.* 1997, p. 475; G. ROUHETTE, "Brefs propos sur le volontarisme contractuel", *Mélanges en l'honneur de Denis Tallon, D'ici et d'ailleurs: Harmonisation et dynamique du droit*, Paris, Société de Législation comparée, 1999, pp. 317 et s.

La portée accordée au volontarisme contractuel est particulièrement prégnante en France. L'attestent les discussions doctrinales importantes qui ont fait suite à deux arrêts de la Cour de cassation (Cass. fr. civ. 15 décembre 1993, *D.* 1994, 507 et note F. BENAC-SCHMIDT; Cass. fr. civ. 26 juin 1996, *Defrénois* 1996, art. 36434 et note D. MAZEAUD) par lesquels celle-ci a validé la "rétractation" d'une promesse unilatérale intervenue avant la levée de l'option, manifestant ainsi, en apparence à tout le moins, une certaine défaveur envers l'exécution en nature. Bien que la majorité de la doctrine se soit élevée, souvent de manière très virulente, contre une telle position (voy. en particulier les notes sous Cass. fr. civ. 15 décembre 1993, de D. MAZEAUD, *J.C.P.* 1995, II, 22366; de F. BENAC-SCHMIDT, *D.* 1994, 507; de O. TOURNAFOND *D.*, *Somm.*, 230. Voy. aussi D. MAZEAUD note *J.C.P.* 1995, II, 22366 et *D.* 1997, *Somm.*, p. 170; F. COLLART-DUTILLEUIL, "Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble: les risques de désordre", *Dr. et Patrim.* 1995, p. 62; M. FABRE-MAGNAN, "Le mythe de l'obligation de donner", *R.T.D. Civ.* 1996, pp. 85 et s.; S. RABY, "La substitution dans une promesse unilatérale de vente, une cession de contrat?", *Petites Affiches* 10 mars 2004, n° 50, p. 12), certains auteurs persistent à la défendre (voy. les références citées par D. MAINGUY, "L'efficacité de la rétractation de la promesse de contracter", *R.T.D. Civ.* janvier-mars 2004, pp. 1-20).

61. Le terme est emprunté à JOSSERAND, "Le contrat dirigé", *D.H.* 1933, p. 91. Il sera repris not. par L. LEVEUR, "Le forçage du contrat", *Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat?*, *Dr. et Patrim.* 1998, n° 98, pp. 69 et s.

62. L. CORNELIS, o.c., *R.D.C.B.* 1983, p. 35, n° 29.

63. Cette objection, qui sera reprise ensuite, aurait initialement été soulevée par R. ELIAS, *Théorie de la force obligatoire de la volonté unilatérale*, Thèse, Paris, 1909, pp. 62-63 cité par M. COIPEL, "La théorie de l'engagement unilatéral de volonté", note sous Cass. 18 décembre 1974, *R.C.J.B.* 1980, p. 73.

64. Ceci nous renvoie directement à PORTALIS. Dans l'exposé du Titre du Code civil relatif à la vente, ce dernier s'exprimait en effet comme suit "On est libre de prendre un engagement ou de ne pas le prendre; mais on n'est pas libre de l'exécuter ou de ne pas l'exécuter quand on l'a pris. Le premier devoir de toute personne qui s'engage est d'observer les pactes qu'elle a consentis, et d'être fidèle à la foi promise": PORTALIS, "Exposé des motifs du titre de la vente", *Écrits et discours juridiques et politiques*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille (P.U.A.M.), 1988, p. 132.

65. L'invalidation *a posteriori*, par un juge, d'une résolution unilatérale déclarée par un créancier nous paraît également illustrative de ces situations où la volonté réelle d'un contractant – en l'occurrence la volonté du créancier de mettre fin au contrat – pourra être repoussée. Le débiteur dont la faute est invoquée pour justifier la rupture unilatérale d'un contrat peut, en effet, ne pas s'incliner face à la décision de son créancier et en contester la validité. Dans ce cas, en cas de désaveu du créancier, le juge *peut*, selon certains auteurs (V. PIRSON, "Les clauses relatives à la résolution des contrats", *Les clauses applicables en cas d'inexécution des obligations contractuelles*, A.J.N.-F.U.N.D.P., La Charte, 2001, p. 105, n° 13; M. COIPEL, o.c., 1999, p. 118, n° 162 et p. 134, n° 189), prononcer le maintien du contrat et enjoindre à poursuivre la relation contractuelle.

66. Le terme est repris à M. VANWIJCK-ALEXANDRE, o.c., *Ann. dr. Liège* 1980, p. 49.



volonté du proposant lui échappe, par le seul fait qu'elle est entrée dans le champ social, et qu'il n'aurait plus sur elle aucune prise. Pourtant, il nous semble qu'une telle position tend à préserver la seule réalité qui justifie une protection, à savoir celle que nul ne peut créer une apparence juridique dont il n'entend pas assumer les conséquences. Offrir c'est ainsi décider de limiter sa liberté; c'est décider de ne plus se retirer.

Enfin, il ne faut pas oublier que les négociateurs disposent de la liberté, importante, de maîtriser aisément les conséquences juridiques attachées aux propositions qu'ils émettent. Il leur suffit, au nom de la liberté contractuelle, de plus ou moins intensifier les obligations qu'ils s'estiment à même de supporter dans un contexte relationnel précis. Celui qui émet une proposition ferme doit avoir conscience de la situation juridique nouvelle qu'il crée et accepter de se soumettre à la rigueur que celle-ci impose. En émettant une offre, il s'engage personnellement et consent que celui à qui il s'adresse fonde sur sa promesse des attentes raisonnables.

Ces considérations invitent naturellement à une réflexion plus large qui dépasse nécessairement le cadre limité de la présente étude⁶⁷. Elles attestent à tout le moins que les contours de la théorie de l'engagement par déclaration de volonté unilatérale restent à préciser. En l'état, nous souhaiterions pourtant souligner que la reconnaissance du caractère contraignant de l'offre nous paraît adéquatement confirmer la spécificité que celle-ci présente par rapport aux négociations. Cette option nous pousse dès lors également à nous aligner, certainement avant tout par souci de cohérence, sur la sanction déduite de l'inefficacité de la révocation jointe à la conclusion forcée du contrat. Admettre qu'il en soit autrement reviendrait à avancer un principe vide de sens. Il reste que le juge est toujours appelé à appliquer au comportement blâmé une sanction proportionnée. Qui plus est, l'exécution en nature, qu'impliquerait la conclusion forcée du contrat, doit pouvoir être repoussée toutes les fois où elle paraît impossible ou inutile au regard des circonstances de l'espèce. À partir de cette considération, il nous semble que pourraient faire exceptions au principe de l'exécution en nature les hypothèses où l'accord que l'offre porte en germe implique précisément, par son essence même, une permanence des volontés intimes des partenaires. Il en est ainsi notamment des contrats à long terme ou de ceux impliquant une coopération renforcée des parties. Dans ces situations particulières, faire fi de la volonté réelle serait en effet illusoire et risquerait de porter atteinte à la relation future. Dans ces situations, l'octroi de dommages et intérêts, joint à la sanction morale qu'appliquera la vie des affaires, paraîtra souvent seule proportionnée à l'atteinte portée. Cette appréciation ne nous paraît par contre nullement indispensable dans les autres cas, ceux où le contrat

lui-même est "objectivé" et dégagé des parties et de leurs volontés, comme en particulier c'est le cas en matière de vente. Seule importe alors l'efficacité économique de la convention, laquelle peut parfaitement être rencontrée en faisant abstraction de la volonté réelle des acteurs commerciaux, l'objectif poursuivi en concluant étant satisfait par le seul échange du bien ou l'accomplissement de la prestation de service contre un prix. Pour ces contrats, dont l'objet est fongible sur le marché et où la personne du contractant est indifférente, le forçage du contrat paraît être la sanction la plus appropriée et la plus cohérente au regard des principes posés.

12 Application du principe au retrait de la promesse unilatérale de contrat et du pacte de préférence? On s'attend logiquement à ce que le raisonnement qui précède soit conforté en cas de violation d'une promesse unilatérale ou d'un pacte de préférence dès lors qu'il s'agit ici d'engagements contractuels.

La sanction de la violation de la promesse unilatérale⁶⁸ a suscité des questionnements théoriques similaires à ceux que nous avons exposés en ce qui concerne l'offre. La chose est logique dès lors que ces deux institutions partagent la fragilité de se révéler en amont d'un contrat qui n'est encore qu'un projet pour l'un des partenaires, et de n'engager que l'autre à son achèvement. La jurisprudence semble cependant en ce domaine davantage établie. Tout d'abord, la responsabilité du promettant sera nécessairement de nature contractuelle dès lors que la faute résultera forcément de la méconnaissance d'une obligation de cette nature. Ensuite, s'y sentant probablement davantage autorisés en raison de la nature contractuelle de l'engagement souscrit – raison qui, à elle seule, est pourtant insuffisante à justifier une telle solution –, les juges accordent plus franchement au demandeur l'exécution en nature⁶⁹. Continue cependant à y faire exception l'hypothèse où le vendeur a déjà aliéné son bien à un tiers de bonne foi⁷⁰.

67. Pour plus de développements, ainsi que des références, nous renvoyons aux conclusions dégagées d'une approche comparative du régime et des sanctions de l'offre (C. DELFORGE, *o.c.*, *Le processus de formation*, 2002, spéc. pp. 340 et s., n°s 345 et s.).

68. Voy. pour plus de développements not. H. DE PAGE, *Traité*, Tome IV, Vol. I, mise à jour par A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, Bruxelles, Bruylant, 1997, pp. 368 et s., n°s 278 et s.; L. WEYTS, *o.c.*, *La vente immobilière*, 2002, pp. 1 et s.; L. BARNICH, "La vente immobilière: difficultés de la promesse de vente d'immeuble", *La vente*, sous la direction de B. TILLEMANS et P. FORIERS, Bruges, de Keure, 2002, pp. 197-220; B. DE CONINCK et C. DELFORGE, "La rupture des négociations et le retrait intempestif de l'offre: Principes et sanctions", *Le processus de formation du contrat*, C.U.P., 2004, pp. 123 et s., n°s 48 et s.

69. Voy. M. VANWIJCK-ALEXANDRE, *o.c.*, *Ann. dr. Liège* 1980, p. 85; H. DE PAGE, *Traité*, 1997, Tome IV, p. 377, n° 283. Cette solution nous paraît conforme aux principes posés *supra* (voy. n° 11).

70. H. DE PAGE, *Traité élémentaire*, *o.c.*, 1997, Tome IV, p. 377, n° 283. La doctrine considère que si le tiers a au contraire agi en fraude des droits du bénéficiaire de la promesse, la nullité de la vente conclue à son profit peut être accordée au titre d'exécution en nature sur la base des art. 1382 et 1383 du Code civil (*ibid.*, p. 378, n° 284). Voy. aussi I. CORNESSE, *o.c.*, *R.R.J.* 2003-4, p. 2450.



La sanction du pacte de préférence est quant à elle plus problématique⁷¹. L'étude de la jurisprudence publiée atteste que les juges se rallient ici souvent à une exécution par équivalent⁷². Des auteurs considèrent cependant que devrait y faire exception l'hypothèse où il est établi que le tiers, devenu propriétaire du bien en méconnaissance du pacte, a agi avec fraude⁷³. Dans ce cas, la nullité de la vente conclue avec le tiers et la substitution du bénéficiaire du pacte à ce dernier pourraient être admises.

Nous pensons pour notre part que, tout comme il en est en matière d'offre et de promesse unilatérale, l'exécution en nature devrait également être préférée⁷⁴ sous les seules réserves d'une impossibilité ou d'un abus de droit. Poser ce principe ne résout bien entendu pas toute difficulté dans la pratique. Contrairement à ce qu'il en est de l'offre ou de la promesse, l'exécution en nature du pacte implique en effet uniquement que soit donnée à celui qui en bénéficiait la possibilité d'exercer effectivement sa priorité, c'est-à-dire de s'aligner sur l'offre émise par le tiers. Ce n'est dès lors que si le bénéficiaire du pacte peut établir que le tiers a émis une offre qu'il pouvait, à ce moment, lui-même accepter⁷⁵, qu'il devrait pouvoir s'y substituer sans qu'une nouvelle offre ne doive être émise⁷⁶.

3. Les dommages réparables en cas d'octroi d'une indemnité

13 Principes. En cas de révocation de l'offre, et si le juge prétend accorder des dommages et intérêts, plusieurs postes seront réparables. Il en sera ainsi des frais de la négociation⁷⁷ s'ils sont raisonnables ainsi que de l'atteinte particulière portée au crédit commercial. Le principe qui prévaut en la matière est en effet celui de la réparation intégrale du dommage effectivement souffert⁷⁸, et tant le dommage matériel que le dommage moral seront réparables. Seule importe sur ce point l'exigence imposée à celui qui se prétend victime d'établir tant l'existence que l'étendue de son dommage.

Conformément à la jurisprudence récente de la Cour de cassation⁷⁹, la victime a également droit à la réparation du dommage consistant dans les frais et honoraires qu'elle a dû engager pour recourir aux services d'un avocat ou d'un expert technique dans le cadre de sa défense en justice.

14 Indemnisation du dommage positif. Plus concrètement, on enseigne que l'indemnité accordée à la victime doit permettre de la replacer dans la situation qui aurait été la sienne en l'absence de faute. Deux hypothèses doivent donc être distinguées selon que l'on a égard à:

- la situation qui aurait été celle du destinataire de l'offre en cas de conclusion du contrat (dommage positif): l'on vise alors les hypothèses où l'offre a été acceptée de sorte que cette acceptation aurait dû former le contrat; dans ce cas, tous les postes devraient être réparables, en ce compris le bénéfice escompté du contrat (*lucrum cessans*);
- la situation qui aurait été celle du destinataire de l'offre en l'absence de négociation (dommage négatif): l'on vise alors l'hypothèse où il n'y a pas eu d'acceptation: dans ce cas, le *lucrum cessans* ne devrait pas être indemnisé. La perte du bénéfice escompté du contrat⁸⁰, généralement exclue du dommage réparable en cas de rupture fautive des négociations, devrait pouvoir être indemnisée en cas de révocation de l'offre si son béné-

71. Si ce n'est que, tout comme il en est en matière de promesse, la responsabilité sera ici nécessairement contractuelle. Voy. Gand 18 mai 2001, *T. Not.* 2001, pp. 684-690 et note J. BYTTEBIER. Pour une analyse approfondie de la problématique en droit français, voy. J.P. DÉSIDÉRI, *La préférence dans les relations contractuelles*, P.U.A.M., 1997, spéc. n°s 676 et s.

72. Gand 18 mai 2001, *T. Not.* 2001, pp. 684-690. C'est par ailleurs la position majoritairement retenue en France (voy. Cass. fr. civ. 30 avril 1997, *D.* 1997, p. 475; Cass. fr. civ. 26 octobre 1982, *Bull. civ.*, III, n° 208; D. MAZEAUD, "La responsabilité du fait de la violation d'un pacte de préférence", *Gaz. Pal.* 3 février 1994, *Doctr.*, p. 210).

73. J.L. BERGEL, *Les ventes d'immeubles existants*, Paris, Litec, Droit, 1982, p. 220, n° 321.

74. On en retrouve des exemples dans la jurisprudence ancienne. Voy. sur ce point R.P.D.B., v° *Contrat et convention en général*, p. 9, n° 90. Voy. également, plus récemment, Civ. Bruxelles 9 avril 1991, *J.T.* XXX. Par ailleurs, la substitution du bénéficiaire d'un droit de priorité est parfois légalement admise, ce qui paraît conforter la position que nous soutenons. Voy. not. l'action "en retrait" pouvant être exercée par le fermier afin de se *subroger* au tiers à qui le bailleur aurait vendu le bien en violation de son droit de préemption (art. 51 de la loi du 4 novembre 1969 tel que modifié par la loi du 7 novembre 1988). Comp. avec les artt. 22 et s. de la loi du 30 avril 1951 relative aux baux commerciaux. Voy. également en matière de droit de préemption, l'art. 10 de la loi française du 31 décembre 1975 relative à la protection des occupants de locaux à usage d'habitation, laquelle prévoit expressément la faculté de substitution du locataire – la loi parle de "nullité" – dans le mois de la notification du contrat de vente conclu en méconnaissance du droit de préemption (et voy. pour une application récente: Cass. fr. 12 mai 2004, *Pourvoi* n° 02-19.560).

75. Ce sera le cas si, par exemple, l'offre du tiers est équivalente à une offre précédemment émise par le bénéficiaire du pacte.

76. Voy. dans ce sens M. VANWIJCK-ALEXANDRE et S. BAR, *o.c.*, *Le processus de formation du contrat*, 2004, p. 174, n° 51 et p. 176, n° 53. Voy. également Gand 5 juin 2002, *T. Not.* 2003, p. 207 (vente immobilière); Civ. Bruxelles 10 mars 1992, *Pas.* 1992, III, p. 62 (droit de préemption en matière de bail commercial); Comm. Bruxelles 1^{er} février 1985, *R.D.C.* 1985, p. 724 (cession d'action). *Contra*: P. VAN OMMELAGHE et X. DIEUX, "Examen de jurisprudence (1979-1990) – Les sociétés commerciales", *R.C.J.B.* 1993, p. 716.

77. Voy. sur ce point M. VANWIJCK-ALEXANDRE, *o.c.*, *Ann. dr. Liège* 1980, pp. 24 et s. et en particulier pp. 40 et s.; O. DESHAYES, "Le dommage précontractuel", *R.T.D. Com.* 2004, pp. 187-204. Il s'agira de tous les frais qui sont *directement et spécialement* en lien avec la négociation (élaboration de plans et devis, frais de déplacement, temps passé à l'élaboration du projet, aménagement de locaux, expertises dressées par des tiers, recrutement de personnel complémentaire, etc.).

78. Voy. pour une application Civ. Mons 15 mars 2000, *J.L.M.B.* 2001, pp. 1309-1315, spéc. p. 1315.

79. Cass. 2 septembre 2004, *J.T.* 2004, pp. 684 et s. et obs. B. DE CONINCK, "Répétibilité et responsabilité civile: un arrêt de principe".

80. Pour une étude du dommage réparable en cas de rupture des pourparlers, voy. en particulier B. DE CONINCK, "Le droit commun de la rupture des négociations précontractuelles", in *Le processus de formation du contrat*, ouvrage collectif sous la dir. de M. FONTAINE, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2002, pp. 17 et s.; B. DE CONINCK et C. DELFORGE, *o.c.*, *Le processus de formation du contrat*, 2004, pp. 88 et s., n°s 9 et s.



ficiaire parvient à démontrer qu'il entendait accepter l'offre⁸¹. Dans le cadre de l'évaluation de ce poste, le juge devra cependant avoir égard à l'ensemble des circonstances de la cause, et en particulier à la nature du contrat, à la fongibilité de son objet, aux perspectives ouvertes dans le plus ou moins long terme, etc. Le recours à une expertise pourra, dans de nombreux cas, s'avérer utile.

En ce qui concerne la perte d'une chance de conclure des contrats avec des tiers, celle-ci est parfaitement réparable dès lors qu'elle peut être prouvée tant dans son existence que dans son étendue⁸². Devra cependant être exclue la réparation d'un dommage purement hypothétique.

Une réduction de l'indemnité sera de même permise si certains frais n'ont pas été exposés en pure perte notamment si leur résultat peut être réutilisé par la victime. Un partage des responsabilités n'est pas davantage à exclure s'il est établi que la victime a elle-même commis une faute qui est en lien avec le dommage dont elle réclame réparation⁸³.

4. La révocation de l'offre et le juge des référés⁸⁴

15 La compétence du juge dans le cadre des négociations précontractuelles. En tant que "juge du temps compte"⁸⁵, la juridiction des référés constitue naturellement le garant le plus efficace de la loyauté des négociations et du respect des conventions. L'on sait que son intervention n'est pas contestée lorsqu'il s'agit de ramener les négociateurs à la "raison contractuelle" et d'insuffler dans les négociations entachées par des comportements blâmables les exigences de bonne foi qui seraient bafouées⁸⁶.

16 Contenu des injonctions. La juridiction des référés a également vocation à assurer l'effectivité des droits des parties. Son intervention pourra alors consister à "geler" la situation dans l'attente d'une décision au fond, par exemple en paralysant provisoirement la liberté contractuelle grâce au recours à des injonctions conservatoires de ne pas faire. C'est en particulier le cas lorsque le destinataire de l'offre a des raisons de penser que l'offrant est en passe de traiter avec un tiers. Dans ce cas, le juge des référés consent à faire interdiction à l'offrant de conclure avec une autre personne tant qu'il n'a pas été statué au fond sur les prétentions du négociateur qui se prétend fautivement évincé⁸⁷.

La jurisprudence⁸⁸ et la doctrine⁸⁹ majoritaires reconnaissent également au magistrat la compétence d'ordonner l'exécution en nature d'une obligation de faire (injonction de faire) lorsque le droit du créancier est évident ou, à tout le moins, non sérieusement contestable et que l'urgence requiert une telle intervention.

Rappelons que l'exigence du provisoire⁹⁰ impose au juge de faire preuve de prudence. S'il est notamment habilité à mettre fin à une voie de fait, il ne saurait cependant conférer au négociateur qui se prétend victime une position trop favora-

81. On perçoit en effet difficilement pourquoi le destinataire de la proposition pourrait prétendre à voir réparer un avantage que, précisément, il n'escomptait pas. Admettre la réparation d'un tel poste de préjudice reviendrait en effet à conférer une fonction punitive à la réparation.
Par un arrêt du 26 novembre 2003, la Cour de cassation de France a quant à elle refusé en termes clairs la réparation de la perte d'une chance de conclure le contrat négocié. Voy. les commentaires de O. DESHAYES, *o.c.*, pp. 187-204; J. MESTRE ET B. FAGES, "Un grand arrêt relatif aux pourparlers", *R.T.D. Civ.* 2004/1, pp. 80-86.
82. Le cumul de ce poste avec la perte d'une chance de conclure le contrat en projet peut paraître discutable. Voy. O. DESHAYES, *o.c.*, *R.T.D. Com.* 2004, pp. 194 et s.
83. M. VANWIJCK-ALEXANDRE, *o.c.*, *Ann. dr. Liège* 1980, pp. 24 et s.
84. Pour une réflexion plus générale sur l'intervention de la magistrature présidentielle, voy. Fr. GLANSDORFF et Chr. DALCQ, "Du pouvoir d'intervention du juge en cas de résiliation des contrats à durée indéterminée", *Mélanges offerts à P. Van Ommeslaghe*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 70 et s.; *Le juge et l'exécution du contrat*, Colloque I.D.A., Aix-en-Provence, 28 mai 1993, P.U.A.M., Avant propos de J. MESTRE, 1993, 142 p.
85. M.A. FRISON-ROCHE, "Les droits fondamentaux des justiciables au regard du temps dans la procédure", *Le temps dans la procédure*, Paris, Dalloz, 1996, p. 20. Le juge des référés est souvent décrit comme le "gardien et protecteur des contrats" (voy. not. Trav. Bruxelles 29 juin 1998, *J.T.* 1998, p. 779; A.M. STRANART, "Les référés commerciaux et le rôle préventif du tribunal de commerce", *L'évolution du droit judiciaire au travers des contentieux économique, social et familial*, Actes des XI^{èmes} Journées d'études juridiques Jean Dabin, Bruxelles, Bruylant, 1984, pp. 581 et s., ainsi que les références citées).

86. P. VAN OMMESLAGHE, "La bonne foi", *Travaux de l'Association Henri Capitant*, Paris, Litec, 1992, p. 45; D. PHILIPPE, "La bonne foi", *Travaux de l'Association Henri Capitant*, Paris, Litec, 1992, p. 67 et les références citées.
87. Voy. not. Comm. Bruxelles (réf.) 27 novembre 1984, *R.P.S.* 1985, p. 81 confirmé partiellement par Bruxelles 3 janvier 1985, *R.P.S.* 1985, p. 110 (interdiction de vendre une participation majoritaire dans une société). Voy. également, en France (mais le principe est transposable en droit belge), Aix-en-Provence 10 mai 1988, *Gaz. Pal.* 1989, I, 5 janvier 1989, p. 7 (qui ordonne de surseoir à la vente dans l'attente d'une décision au fond quant à la validité d'une clause d'agrément) et note P. DE FONTBRESSIN; Comm. Paris 2 avril 1990, *D.* 1990, p. 438 et note A. VIANDIER; Cass. fr. comm. 24 mars 1981, *Bull. civ.*, IV, n° 161. Voy. enfin B. MELIN-SOUCRAMANIEN, *Le juge des référés et le contrat*, Préface de J. MESTRE, P.U.A.M., 2000, pp. 74 et s.
88. Voy. not. Mons 5 mars 2003, *J.T.* 2004, pp. 12 et s.; Civ. Bruxelles 1^{er} mars 2001, *J.T.* 2001, pp. 250 et s.; Civ. Liège 5 septembre 2000, *J.L.M.B.* 2000, p. 1399 et note J. CLESSE; Civ. Liège (réf.) 2 février 1984, *R.C.J.B.* 1987, pp. 245 et s.
89. Voy. G. DE LEVAL, "Le référé en droit judiciaire privé", *Act. dr.* 1992, pp. 885 et s.; G. DE LEVAL et J. VAN COMPERNOLLE, *o.c.*, *J.T.* 1985, p. 523, n°s 22 et 23; P. VAN OMMESLAGHE, *o.c.*, *R.C.J.B.* 1986, pp. 1999 et s.; X. DIEUX, *o.c.*, *R.C.J.B.* 1987, pp. 250 et s.; M. FORGES, "Principes applicables à la rupture et à l'aménagement conventionnel des pourparlers en droit belge", *Ann. dr. Louvain* 1995, p. 454.
90. Nous rejoignons sur ce point X. DIEUX (*o.c.*, *R.C.J.B.* 1987, pp. 262 et s.) lorsqu'il rappelle que l'interdiction, inscrite à l'art. 1039 du Code, de porter préjudice au principal ne vise que les effets de la décision rendue par la magistrature présidentielle. En ce sens, l'ordonnance rendue dans ce cadre ne lie pas le juge du fond, ce qui n'interdit pas au juge des référés d'ordonner des mesures provisoires destinées à aménager une situation d'attente entre les parties. Voy. également Bruxelles 25 octobre 2001, *R.N.B.* 2002, pp. 233 et s., spéc. pp. 242-243: "le provisoire n'interdit pas au juge des référés d'examiner les droits des parties. Il peut donner une appréciation provisoire des droits en conflits et prendre des mesures que justifient des apparences de droit suffisantes". Voy. enfin G. DE LEVAL et J. VAN COMPERNOLLE, "L'évolution du référé: mutation ou renouveau?", *J.T.* 1985, pp. 517-525, spécialement p. 525, n° 27; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, *o.c.*, *J.T.* 1996, p. 722, n° 96.



ble par rapport à un tiers tant qu'aucune décision au fond n'est intervenue⁹¹.

IV. L'effet "attributif" de l'offre: la mise du contrat à la disposition de son destinataire

A. L'acceptation de l'offre

1. Notion et forme

17 **L'octroi d'un "droit formateur"**⁹². L'offre présente dans tous les systèmes juridiques ce caractère particulier de permettre la conclusion du contrat par la seule rencontre d'une acceptation pure et simple ou dont les éléments divergents ne portent pas sur des points "essentiels" du contrat projeté. J.L. AUBERT⁹³ conceptualisait parfaitement cette dernière qualité concédée à l'offre en lui reconnaissant un caractère "initial" en ce sens que, par une volonté isolée, son auteur crée une situation juridique nouvelle pouvant aboutir à la conclusion du contrat et dont la réalisation est désormais uniquement tributaire de la volonté du destinataire de l'offre.

Les principes de la liberté contractuelle et de la liberté du commerce justifient que le destinataire de l'offre demeure libre d'accepter, de refuser ou d'émettre une nouvelle proposition. Quelle que soit sa décision, il n'a pas davantage à exposer les raisons qui le poussent à refuser ou à ne pas répondre à l'offre^{94,95}.

18 **Notion**. Contrairement à l'offre, l'acceptation n'est que rarement définie par la doctrine et, lorsqu'elle l'est, c'est souvent dans l'unique but de l'appliquer aux faits ou de souligner la concordance qu'elle doit revêtir avec l'offre. L'acceptation paraît ainsi n'être guère davantage que le miroir de l'offre⁹⁶. Nous verrons cependant, dans les lignes qui suivent, que certaines exigences s'imposent en cette matière également. L'apparente simplicité des principes n'évite pas les hésitations jurisprudentielles et doctrinales.

19 **Forme de l'acceptation**. L'acceptation peut tout autant être expresse que tacite⁹⁷. Dans cette dernière hypothèse, on enseigne cependant que le silence (ou l'abstention) reste à lui seul inopérant, et ce quand bien même l'offrant aurait pris le soin de préciser que le défaut de réaction dans le délai déterminé vaut acceptation⁹⁸.

Si un consentement peut être tacite, il n'en demeure pas moins qu'il doit être certain. Pour valoir acceptation, le silence ou l'inaction devront ainsi nécessairement s'accompagner de circonstances les dépouillant de leur équivocité naturelle⁹⁹. L'on parle alors de "silence circonstancié"¹⁰⁰. Le silence ne sera dès lors porteur de consentement que si la loi, les usages ou les parties lui accordent, par exception, cette vertu¹⁰¹.

91. X. DIEUX, "La formation, l'exécution et la dissolution des contrats devant le juge des référés", note sous Civ. Liège (réf.) 2 février 1984, *R.C.J.B.* 1987, p. 262; X. DIEUX, note sous Liège 20 octobre 1989, *R.D.C.B.* 1990, p. 528.

92. La notion de "droit formateur", bien connue des droits allemand et suisse, permet de souligner le "droit" dont dispose son créancier, destinataire de l'offre, de former le contrat. Voy. quant à la notion P. ENGEL, *Traité des obligations en droit suisse, Dispositions générales du CO*, 2^{ème} édition, 1997, Staempfli Éditions SA Berne; P. GAUCH, W. SCHLUEP et P. TERCIER, *La partie générale du droit des obligations*, Schulthess, Tome I, 2^{ème} édition, 1982; L. L'HUILLIER, *La notion de droit formateur en droit suisse*, Thèse, Genève, 1947. Voy. enfin H. MERZ, *Traité de droit privé suisse, Droit des obligations, Partie générale*, Tome VI, Éd. Universitaires Fribourg Suisse, 1993, traduit par P. GIOVANNONI, pp. 51 et s. selon qui "tandis qu'un droit de créance permet d'exiger du débiteur un certain comportement, le droit formateur donne à son titulaire la possibilité d'obtenir unilatéralement le résultat désiré (...) L'autonomie de la personne qui est l'un des principes fondateurs du droit privé, s'oppose en principe à ce que la situation juridique d'autrui soit modifiée sans son accord. De ce point de vue, le droit formateur, dont l'exercice appartient entièrement au titulaire, fait exception à la règle".

93. J.L. AUBERT, *Notion et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, Paris, L.G.D.J., 1970, p. 16.

94. Cass. 13 septembre 1991, *Pas.* 1992, I, p. 33 ("(...) le fait qu'une personne fait une offre ne lui confère pas un droit subjectif en vertu duquel elle aurait le pouvoir de forcer celui à qui elle fait l'offre à exécuter une obligation qui reviendrait à ce qu'il serait tenu d'accepter à moins qu'il justifie son refus de le faire"). Voy. également J. STUYCK et B. VAN DE WALLE DE GHELCKE, "Weigering van verkoop en van levering", *T.B.H.* 1984, p. 324; P. VAN OMME-SLAGHE, o.c., *R.C.J.B.* 1986, n° 33 et s.; K. BROECKX, "De autonomie van het belang als toelaatbaarheidsvoorwaarden in hoger beroep", *R.W.* 1991-92, p. 882; J.F. ROMAIN, "La liberté de commerce et le refus de contracter", *R.G.D.C.* 1994, p. 440; T. STAROSSELETS, o.c., *Le processus de formation du contrat*, 2004, p. 43, n° 30. Voy. enfin Liège 20 février 2001, *J.L.M.B.* 2001, p. 1541 (*Som.*).

95. Il va de soi que le rejet de l'offre, et surtout la rupture des pourparlers qui s'en suivrait le cas échéant, pourront, dans certaines circonstances, être constitutifs d'une faute précontractuelle engageant la responsabilité du négociateur qui était destinataire de l'offre. Voy. B. DE CONINCK, o.c., *Le processus de formation du contrat*, 2002, spéc. pp. 22 et s.; B. DE CONINCK et C. DELFORGE, o.c., *Le processus de formation du contrat*, C.U.P., 2004, pp. 77 et s.; T. STAROSSELETS, o.c., *La formation du contrat*, 2004, p. 44, n° 31. Voy. enfin, pour une application, Bruxelles 9 janvier 2004, *J.L.M.B.* 2004, p. 1636.

96. Il est certain que, souvent, l'acceptation de l'offre sera évidente. Ce sera notamment le cas lorsque les parties signent conjointement un bon de commande (Civ. Mons 15 mars 2000, *J.L.M.B.* 2001, pp. 1309 à 1315, spéc. p. 1313; E. DIRIX et G.L. BALLON, *La facture*, Diegem, Kluwer, 1996, n° 329 et les références citées) ou un contrat écrit.

97. Cass. 11 décembre 1970, *J.T.* 1971, p. 382; Cass. 17 octobre 1975, *Pas.* 1976, I, 225. Voy. not. H. DE PAGE, *Traité*, p. 516, n° 523 et p. 531, n° 544 et s.

98. J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes*, Tome III, 1981, p. 20, n° 14; *R.P.D.B.*, v° *Contrat et convention en général*, p. 13, n° 160-161. Voy. également Cass. 13 septembre 1991, *Pas.* 1992, I, p. 33. Voy. également *supra*, n° 6.

99. Le silence se distingue ainsi de l'acceptation dite tacite. Il est en effet par nature "neutre" – ou "muet" – lorsqu'il ne s'accompagne d'aucune circonstance extérieure permettant d'y dégager la certitude d'un consentement. Voy. Liège 20 février 2001, *J.L.M.B.* 2001, p. 1541 et *J.T.* 2002, p. 695 (*Som.*). Voy. aussi *R.P.D.B.*, v° *Contrat et convention en général*, p. 13, n° 159 et les nuances n° 163 et s.; P. VAN OMME-SLAGHE, o.c., *R.C.J.B.* 1986, n° 54.

100. L. HENEBICQ et M.P. WOUTERS, *Les Nouvelles*, n° 331 et s.; H. DE PAGE, *Traité*, L. III, Partie I, p. 516; M. COIPEL, *Éléments de théorie générale des contrats*, o.c., 1999, p. 44 et les références citées en note 58. Voy. également Cass. fr. civ. 25 mai 1870, *D.* 1870, I, 341 ("le silence de celui qu'on prétend obligé ne peut suffire, en l'absence de toute autre circonstance, pour faire preuve contre lui de l'obligation alléguée"). Voy. enfin A. RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, o.c., 1961, p. 47. On aurait également pu reprendre la terminologie allemande qui envisage l'idée d'un "comportement à valeur déclarative". Voy. sur cette notion en doctrine allemande: A. RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, o.c., 1961, pp. 38 et s., n° 28 et s.

101. Voy. récemment Civ. Bruges 15 janvier 2001, *R.W.* 2003-04, p. 591.



Une acceptation tacite est généralement admise lorsque l'offre est faite dans l'intérêt exclusif de son destinataire¹⁰².

La jurisprudence admet également qu'il y a acceptation tacite lorsque le destinataire de l'offre accomplit des actes "manifestant" son acceptation, comme c'est généralement le cas lorsqu'il procède à l'exécution du contrat sans protester¹⁰³. Le comportement du destinataire de l'offre constitue dans ce cas un aveu extrajudiciaire¹⁰⁴. La partie à qui l'on oppose un tel aveu est cependant admise, selon la jurisprudence, à établir que son "attitude" s'explique autrement que par un consentement¹⁰⁵. C'est en effet au juge qu'il revient d'apprécier librement si le comportement (voire la passivité) manifeste à suffisance la *volonté* de son auteur de faire une déclaration pouvant être retenue contre lui¹⁰⁶.

La jurisprudence commerciale offre aussi de nombreux exemples où le consentement a été déduit d'un silence ou d'une inaction¹⁰⁷. L'exemple classique est celui des relations courantes d'affaires où le silence est souvent interprété comme la manifestation d'un accord dont les termes sont identiques que par le passé^{108,109}. L'on sait en effet qu'entre

commerçants en relations d'affaires ou en pourparlers, un usage veut que chacune des parties ne laisse pas l'autre dans l'incertitude en ne répondant pas aux courriers et documents qui lui sont adressés¹¹⁰. En conséquence, l'absence de réaction ou de protestation dans un délai "raisonnable" permet de présumer – irréfragablement – l'acceptation¹¹¹.

102. Voy. not. Liège 28 mars 1991, *J.L.M.B.* 1992, p. 77. Voy. aussi M. COIPEL, *Éléments de théorie générale des contrats*, o.c., 1999, pp. 44-45. Voy. cependant les observations pertinentes de T. STAROSSELETS, o.c., *Le processus de formation du contrat*, 2004, pp. 40-41, n° 28.
103. Voy. en particulier Comm. Mons 8 juillet 2003, *R.G.D.C.* 2004, p. 208; Comm. Hasselt 14 juin 2000, *R.W.* 2000-01, p. 1283; Comm. Malines 25 juin 1999, *R.G.D.C.* 1999, pp. 589 et s.; Bruxelles 21 mai 1997, *J.L.M.B.* 1998, p. 1451; Bruxelles 9 juin 1992, *J.L.M.B.* 1994, p. 201 et *R.G.A.R.* 1994, 12.281; Liège 28 mars 1991, *J.L.M.B.* 1992, p. 77; Civ. Bruges 11 octobre 1989, *R.D.C.* 1991, p. 534 et *R.W.* 1989-90, col. 1064-1065. Voy. aussi Cass. 17 juin 2002, *R.G.* S.99.0144.F/7. Comp. Comm. Bruxelles 9 juillet 1906, *J.C.B.* 1906, pp. 421-423; Bruxelles 14 juin 1984, *R.D.C.* 1985, p. 472. Voy. enfin sur cette question T. STAROSSELETS, o.c., *Le processus de formation du contrat*, 2004, pp. 41-43, n° 29 ainsi que les références citées.
104. Voy. quant à l'admission de l'aveu extrajudiciaire: Cass. 27 juin 1999, *R.G.D.C.* 2000, p. 321; Cass. 28 janvier 1999, *J.L.M.B.* 2000, p. 885 et note J. HANSENNE, pp. 887-887; Cass. 7 février 1997, *R.W.* 1997-98, p. 339; Cass. 7 février 1977, *Larcier Cass.*, n° 1167; Mons 26 juin 2000, *J.T.* 2001, p. 738; Liège 18 décembre 1996, *J.L.M.B.* 1997, p. 394.
105. Voy. Cass. 29 janvier 1996, *Pas.* 1996, I, p. 143; Liège 18 décembre 2001, *J.T.* 2002, p. 499; Anvers 26 janvier 1998, *A.J.T.* 1998-99, p. 241 et note D. BLOMMAERT.
106. Cass. 7 février 1997, *R.W.* 1997-98, p. 339; Cass. 29 septembre 1932, *Pas.* 1932, I, p. 255. Le juge devra ainsi s'assurer qu'aucune autre interprétation ne peut être donnée aux circonstances (Cass. 18 octobre 1965, *Pas.* 1965, I, p. 918).
107. Voy. P. VAN OMMESELAGHE, o.c., *R.C.J.B.* 1986, p. 138, n° 54; *R.P.D.B.*, v° *Contrat et convention en général*, pp. 13 et s., n°s 177 et s.; R. MOUGENOT, *La preuve*, o.c., 2002, pp. 269-270, n°s 211 et s. et pp. 289 et s., n° 244.
108. Fr. T'KINT, o.c., *Les obligations contractuelles* 1984, p. 47; M. COIPEL, *Éléments de théorie générale des contrats*, o.c., 1999, pp. 44-45; W. GOOSSENS, *Aanwending van werk: het gemeenrechtelijk dienstcontract*, Bruges, die Keure, 2003, pp. 279 et s., spéc. p. 281, n° 337. Voy. également Cass. 24 septembre 1981, *Pas.* 1982, I, 143. Voy. aussi Liège 9 janvier 2003, *J.T.* 2004, p. 389; Civ. Bruges 15 janvier 2001, *R.W.* 2003-04, p. 591; Comm. Anvers 6 janvier 1998, *R.W.* 1999-2000, 443; Comm. Hasselt 28 mai 1996, *R.W.* 1998-99, 1468; Anvers 29 septembre 1992, *Dr. eur. transp.* 1994, n° 3, p. 309; Liège 28 mars 1991, *J.L.M.B.* 1992, p. 77; Comm. Bruxelles 11 juillet 1990, *R.D.C.* 1991, p. 527; Comm. Bruxelles 13 novembre 1990, *R.D.C.* 1991, n° 6, p. 544; Civ. Neufchâteau 11 février 1981, *J.T.* 1981, p. 400. *Contra*: Liège 20 février 2001, *J.L.M.B.* 2001, p. 1541 (*Som.*). La présomption de consentement du destinataire de l'offre ne vaut bien entendu pas en dehors de telles circonstances.

109. Certains droits étrangers exigent expressément une action positive de refus face à la proposition ou aux documents transmis lorsque l'on n'entend pas en accepter la portée. Voy. not. le § 362 du Code de commerce allemand qui impose à tout professionnel qui entretient des relations suivies d'affaires de réagir "sans délai". À défaut, son silence sera irréfragablement interprété comme une acceptation.
110. H. DE PAGE, *Traité*, II, 3^{ème} édition, 1964, p. 533, n° 546; J. DE GAVRE, P.A. FORIERS et L. SIMONT, o.c., *R.C.J.B.* 1995, p. 114, n° 3; R. MOUGENOT, *La preuve*, o.c., 2002, pp. 288-289, n° 243 et les références citées. Voy. également Cass. 11 décembre 1970, *Pas.* 1971, I, p. 347; Cass. 17 octobre 1975, *Pas.* 1976, I, p. 224. Voy. enfin Anvers 2 janvier 2003, *Entr. et dr.* 2003, p. 120; J.P. Westerloo 18 janvier 2002, *DAOR* 2002, p. 135; Comm. Anvers 6 janvier 1998, *R.W.* 1999-2000, col. 443; Comm. Courtrai 20 avril 1995, *A.J.T.* 1994-95, p. 575; Comm. Namur 1^{er} avril 1993, *Entr. et Dr.* 1995, p. 153; Comm. Bruxelles 24 septembre 1989, *R.D.C.* 1991, p. 526.
111. Une jurisprudence abondante envisage la problématique particulière de l'acceptation tacite des conditions annexées aux documents échangés entre deux commerçants (et déduite, pour ce qui concerne l'acceptation d'une facture, de l'art. 25 du Code de commerce). Entre commerçants, en effet, une acceptation tacite est généralement déduite du fait de ne pas avoir protesté dans un délai utile suite à la réception d'une facture (Cass. 8 novembre 1991, *T.B.H.* 1992, p. 134 et *R.W.* 1991-92, col. 988; Cass. 3 décembre 1953, *Pas.* 1954, I, p. 272; Cass. 31 mai 1956, *Pas.* 1956, I, p. 1049. Voy. aussi Liège 9 janvier 2003, *J.T.* 2004, p. 389; Comm. Hasselt 21 novembre 2000, *R.W.* 2001-02, col. 534; Comm. Malines 25 juin 1999, *R.G.D.C.* 1999, p. 589; Comm. Anvers 6 janvier 1998, *R.W.* 1999-2000, col. 443; Anvers 29 avril 1997, *T.R.V.* 1998, p. 441; Bruxelles 4 mars 1997, *R.W.* 1997-98, col. 367; Anvers 16 décembre 1996, *A.J.T.* 1996-97, p. 555; Comm. Hasselt 28 mai 1996, *R.W.* 1998-99, col. 1468; Comm. Courtrai 20 avril 1995, *A.J.T.* 1994-95, p. 575; Anvers 18 janvier 1994, *Limb. Rechtsl.* 1994, p. 17; Comm. Bruxelles 14 juin 1991, *Entr. et Dr.* 1995, p. 80; Comm. Bruxelles 22 octobre 1990, *R.D.C.* 1991, p. 529; Bruxelles 18 octobre 1984, *Entr. et Dr.* 1989, p. 111) ou à une demande de justification (Anvers 10 octobre 2002, *R.D.C.* 2003, Liv. 5, p. 401). De même, le non-retrait de lettres recommandées de protestation présumerait leur acceptation (Anvers 28 mai 2003, *Limb. Rechtsl.* 2003, p. 260 et note). Voy. cependant Liège 21 décembre 2001, *J.T.* 2002, pp. 154 et s. selon qui "si en matière commerciale, le silence peut être interprété comme un acquiescement, il ne s'agit cependant pas d'une règle absolue. Les commerçants ne sont pas obligés de répondre à toutes les lettres qu'ils reçoivent et qu'ils n'approuvent pas". La problématique de l'acceptation tacite déduite de l'absence de protestation à une facture a fait l'objet de nombreux commentaires doctrinaux. Voy. en particulier O. D'AOÛT, "Le contentieux de la facture devant les juridictions du commerce", *Le Tribunal de commerce: un acte de la vie économique*, Éd. du Jeune Barreau de Liège, 2003, pp. 239-272; A. DE KIMPE, "Factuur of geen factuur: een handelaar dient tijdig te protesteren", *R.G.D.C.* 2003, pp. 520-522.



Il semble que le silence se fonde plus aisément dans une qualification juridique lorsqu'il est le fait d'un professionnel du commerce¹¹². Les exigences jurisprudentielles sont en effet davantage protectrices des consommateurs, et admettent plus aisément que les relations économiques entre sujets présumés d'égal poids concurrentiel demeurent soumises à des règles propres. La portée reconnue aux "relations d'affaires suivies" en témoigne. Lorsque les relations liant l'offrant et le destinataire de l'offre s'inscrivent dans une succession d'échanges, fixant le cadre de leur relation contractuelle et la faisant progresser dans le temps, les exigences de loyauté et de confiance se trouvent davantage renforcées et peuvent justifier de manière plus impérieuse une obligation de réaction à bref délai.

2. L'exigence d'une concordance matérielle avec l'offre et le sort de l'acceptation avec réserves

20 Le principe. H. DE PAGE¹¹³ enseignait que l'acceptation assortie de réserves est présumée ne pas constituer une véritable acceptation et, ainsi, être impuissante à former le contrat. La naissance de ce dernier supposerait ainsi en principe une conformité parfaite entre les deux volontés unilatérales qui le composent¹¹⁴.

La doctrine¹¹⁵ et la jurisprudence¹¹⁶ récentes admettent généralement qu'une adéquation parfaite ne doit pas toujours être exigée: la discordance qui se limite à un élément accessoire ne contrarie pas toujours la formation du contrat.

Il ne fait nul doute que, sur le plan des principes, le destinataire de l'offre peut parfaitement faire d'un élément accessoire un point déterminant de son consentement et, de la sorte, subordonner la perfection du contrat à un accord complet¹¹⁷, voire à l'accomplissement de certaines formalités¹¹⁸. Accorder la prévalence, comme le fait le droit belge, à la volonté intime des contractants implique que ce soit au juge qu'il revient de rechercher, au regard de chaque cas d'espèce, s'il est certain que l'adjonction, la modification ou la suppression des conditions contractuelles précisées par l'offrant a été voulue par le destinataire de l'offre et, ainsi, atteste un rejet définitif et certain de celle-ci. La solution pourra par exemple être différente selon que la contradiction entre l'offre et l'acceptation est formalisée expressément dans une lettre ou se déduit plus subrepticement de l'envoi d'un document standardisé, comme des conditions générales. Il en est d'autant plus ainsi que chaque négociateur garde la maîtrise de ses déclarations de volonté et est ainsi à même de préciser s'il entend ne pas être engagé. Le seul fait pour le destinataire de l'offre de faire part de son absence de consentement quant à un quelconque point – fût-il accessoire – n'atteste à notre sens cependant pas "en soi" le caractère substantiel qui doit lui être concédé¹¹⁹. D'autres circonstances paraissent devoir conforter cette réalité. Et c'est au juge seul qu'il revient de les apprécier.

Le non-rejet de l'offre initiale s'imposera dans les faits lorsque les parties ont renvoyé la détermination du point litigieux à une négociation ultérieure ou à l'intervention d'un tiers, voire à une fixation unilatérale de l'une d'entre elles.

112. L'acceptation tacite résultant d'une absence de protestation dans un délai utile a aussi été retenue dans le chef d'un consommateur: Anvers 16 décembre 1996, *A.J.T.* 1996-97, p. 555. Cette décision est cependant isolée. La jurisprudence refuse généralement de transposer aux consommateurs le principe admis en matière commerciale (Mons 9 octobre 2000, *J.T.* 2001, p. 635; Mons 25 février 2002, *J.T.* 2003, p. 342; Mons 17 septembre 1996, *J.T.* 1997, p. 183; voy. également R. MOUGENOT, *La preuve*, o.c., 2002, p. 271, n° 211 et p. 288, n° 244; P. GRÉGOIRE, "Les conditions générales en matière de vente", *La vente*, Éd. du Jeune Barreau de Bruxelles, 1987, pp. 77 et s.). Voy. également l'art. 15 de la proposition de directive du Parlement et du Conseil en vue de l'adoption d'une directive relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs et modifiant les directives 04/450, 97/7/CE et 98/27/CE. Voy. pour une étude plus approfondie de cette question B. DE CONINCK, "La facture acceptée par un non-commerçant", note sous Mons 16 septembre 2003, *J.L.M.B.*, 2004, pp. 1716 et s., spéc. pp. 1722 et s., n° 4 et s.

113. H. DE PAGE, *Traité*, n° 496 selon qui "un contrat n'est formé que lorsque les volontés de toutes les parties qui interviennent concordent sur tous les points qui en constituent la matière. Dès l'instant où une seule volonté, ou un seul point, demeure en suspens, le contrat ne se forme pas". Comp. *R.P.D.B.*, v° *Contrat et convention en général*, p. 11, n° 111. Voy. enfin Civ. Nivelles 9 janvier 1992, *R.G.D.C.* 1992, p. 264; Civ. Tournai 28 janvier 1987, *J.L.M.B.* 1987, p. 887; Bruxelles 28 avril 1987, *J.L.M.B.* 1987, p. 868; Bruxelles 13 novembre 1962, *Pas.* 1962, II, 288; Liège 28 octobre 1946, *R.C.J.B.* 1948, p. 66 et note J. FALLY.

La jurisprudence française classique est également fixée dans le sens de l'exigence d'une concordance parfaite entre les deux déclarations de volontés constitutives du contrat (voy. not. Cass. fr. civ. 17 juillet 1967, *R.T.D. Civ.* 1968, pp. 707 et s. et obs. J. CHEVALLIER). L'application est cependant nuancée.

114. Le droit anglais désigne cette exigence de manière parlante en se référant à la *mirror image rule*.

115. Fr. GLANSDORFF, o.c., p. 27; P. VAN OMMESELAGHE, o.c., *R.C.J.B.* 1986, p. 139, n° 56 et les références citées. On rappellera par ailleurs que B. HANOTIAU ("Formation du contrat: les éléments caractéristiques de la convention", *Le contrat en formation*, A.B.J.E., 1987, p. 102) proposait de limiter la possibilité de conférer un caractère substantiel aux éléments accessoires du contrat. Cette "substantialisation" exigerait, outre leur entrée dans le champ contractuel, que les éléments légalement accessoires "affectent l'économie globale du contrat". La question mérite réflexion.

116. Voy. not. Liège 28 février 1997, *J.T.* 1997, pp. 392 et s. (selon qui "la convention peut parfaitement se former même si l'accord n'est pas réalisé sur tous les points, c'est-à-dire sur des éléments accessoires (...) ou des modalités accessoires ou d'exécution qui restent à négocier (...)"); Mons 5 mars 2003, *J.T.* 2004, p. 12 (selon qui "il importe peu, dès lors qu'il y avait accord sur les éléments essentiels du contrat de mise à disposition du hall, que quelques modalités pratiques d'organisation aient continué à faire l'objet de contacts et mises au point entre parties dès lors que ces mises au point n'ont pas suscité un conflit précis dont il reste trace suffisamment significative (...)"); Liège 17 juin 2003, *J.L.M.B.* 2004, p. 707, Som. 03/1213. Voy. enfin, mais pour des références plus anciennes, *R.P.D.B.*, p. 11, n° 119.

117. Voy. not. Cass. 12 juin 1980, *Pas.* 1980, p. 1248; P. VAN OMMESELAGHE, o.c., *R.C.J.B.* 1986, pp. 139 et s., n° 56. Voy. enfin en France: Cass. fr. (comm.) 16 avril 1991, *Bull. Civ.* IV, n° 148, p. 106 et le commentaire de J. MESTRE, *R.T.D. Civ.* 1992, p. 79.

118. La question se pose en effet dans de nombreux cas de savoir si le recours à un écrit a été considéré par les parties comme étant un élément déterminant de leur consentement. L'hypothèse est celle où, malgré l'échange de projets de convention, une des parties – voire les deux – procèdent à l'exécution du contrat. Dans ce cas, le contrat négocié est-il conclu malgré l'absence d'écrit? Voy. not. Comm. Bruxelles 9 juillet 1906, *J.C.B.* 1906, pp. 421-423 (qui refuse de reconnaître l'existence du contrat).

119. Voy. également T. STAROSSELETS, o.c., *Le processus de formation du contrat*, 2004, pp. 45 et s., n° 33 et s.



Dans ce cas, en effet, les circonstances établissent à suffisance que les parties ont eu conscience de leurs divergences et n'ont pas voulu qu'elles fassent obstacle à la conclusion du contrat. *A contrario*, il serait légitime d'exiger un accord définitif sur *tous* les points lorsque ceux-ci ont été discutés lors des négociations¹²⁰ et qu'il ressort des circonstances de l'espèce que les parties ne se seraient pas engagées sans y avoir joint leurs consentements¹²¹. De même, la qualité des parties modulera probablement l'appréciation des circonstances de la cause.

Ainsi, il nous paraît plus adéquat, à défaut de ligne de conduite dictée par le législateur, d'abandonner ici aussi au juge le pouvoir souverain d'interpréter les volontés et de décider si, au regard de l'ensemble des circonstances qui lui sont soumises, la communication d'une acceptation "réserve" constituait ou non la manifestation d'une volonté certaine d'émettre une contre-proposition, notamment parce que celui qui répond avait conscience de la divergence contenue dans sa réponse. Et, en cas de doute, il nous semble pour notre part plus conforme à la pratique contractuelle de considérer que, par principe, une divergence portant sur un point accessoire ne contrarie pas le processus de formation¹²².

21 Le cas particulier du conflit de conditions générales contradictoires¹²³ entre commerçants¹²⁴. Principes. Le

120. H. DE PAGE écrivait par ailleurs que, pour refuser tout effet à une clause contractuelle – fut-elle standardisée –, il faut que le juge soit certain, à partir des données de l'espèce, que telle était bien la "commune intention des parties" (H. DE PAGE, *Traité*, II, p. 558, n° 571). Voy. aussi les décisions citées par M. BOSMANS, *o.c.*, *J.T.* 1981, p. 18, n° 6; P. VAN OMMESELAGHE, *o.c.*, *R.C.J.B.* 1986, n° 56; Liège 28 octobre 1946, *R.C.J.B.* 1948, pp. 66 et s. et note J. FALLY qui nous paraissent conforter cette thèse. Voy. aussi T. STAROSSELETS, *o.c.*, *Le processus de formation du contrat*, 2004, p. 46, n°s 34-35; B. HANOTIAU, *o.c.*, *Le contrat en formation*, A.B.J.E., 1987, pp. 102-103, n° 7. Voy. enfin la décision rendue par le Tribunal de commerce de Bruxelles le 24 juin 1985 (R.G. 10.810/84), annexée à la dernière contribution citée (pp. 120 à 147), et qui décide que, malgré un accord sur les éléments essentiels de la vente, l'absence de consentement quant à des éléments accessoires discutés lors des négociations fait obstacle à la naissance du contrat.
121. Comp. avec la jurisprudence française qui exige qu'un élément accessoire ne se "substantialise" que s'il a fait l'objet d'une "condition expresse", dont l'appréciation relève exclusivement des juges du fond. Voy. sur ce point les références citées par J. GHESTIN et B. DESCHÉ, *Traité des contrats, La vente*, Paris, L.G.D.J., 1990, spéc. pp. 126 et s., n° 117.
122. Autre chose est bien entendu de déterminer à quelles conditions le contrat a été conclu. La problématique précitée pose en effet deux questions distinctes: celle de savoir si un contrat est conclu – et à laquelle nous avons répondu jusqu'à présent –, et, dans l'affirmative, celle de savoir à quelles conditions il l'a été.
123. Voy. sur cette question C. DELFORGE, "Le conflit né de la confrontation de conditions générales contradictoires et son incidence sur la formation des contrats", *Le processus de formation du contrat*, *o.c.*, 2002, pp. 479 à 553, spéc. pp. 479 à 492 et pp. 542 à 553. Voy. aussi D. PHILIPPE et M. CHAMMAS, "L'opposabilité des conditions générales", *Le processus de formation du contrat*, M. VANWUCK-ALEXANDRE et P. WÉRY (sous la direction de -), C.U.P., septembre 2004, Vol. 72, pp. 193 à 328; Chr. MAHE, "Conflit de conditions générales: quelle tactique adopter?", in X, *Europees Privaatrecht* 1997, pp. 85-138; D. NOELS, "Algemene voorwaarden en de tegenstelbaarheid aan de medecontractant", *Rev. Eur. Transp.* 1990, pp. 311; R. DE SMET, "De la force obligatoire des conditions générales en matière commerciale", *R.C.J.B.* 1974, pp. 192-203.

droit belge appréhende la problématique du conflit de conditions générales sous l'angle classique de la séquence offre/acceptation. D'un point de vue théorique, le raisonnement se scinde ici en plusieurs étapes.

S'assurer de la réalité du consentement requiert du juge qu'il prenne tout d'abord attitude quant à l'opposabilité ou l'inopposabilité des clauses litigieuses. La première étape du raisonnement revient ainsi à répondre à la question de savoir si, dans les circonstances de fait données, le destinataire des conditions générales était raisonnablement en mesure d'en prendre connaissance¹²⁵ et d'y consentir¹²⁶. Seule une réponse affirmative à cette première question permettra de poser la problématique dite du "*battle of forms*" (ou "bataille des formulaires") qui se limite en effet à l'unique hypothèse d'une contradiction entre des clauses pourvues de la même efficacité et donc susceptibles de s'affronter pour entrer, à l'exclusion de l'autre, dans le champ contractuel¹²⁷. Au contraire, une réponse négative marquera l'ultime étape du raisonnement en ce sens que la clause inopposable sera, en toutes circonstances, dépourvue d'effets juridiques.

Les règles exposées quant à l'éventuelle présence d'une acceptation tacite¹²⁸ vont ici nécessairement exercer une influence déterminante sur la solution du litige. Lorsque les clauses litigieuses ont été portées à la connaissance de celui à qui on prétend les opposer, et qu'aucune protestation n'a été émise quant à leur contenu, la jurisprudence conclut en effet souvent à leur opposabilité et à leur incorporation dans

124. Nous n'envisageons pas l'envoi de conditions générales à des consommateurs. Dans ce cas, la majorité des auteurs exigent en effet un accord exprès. Voy. R. MOUGENOT, *La preuve*, *o.c.*, 2002, p. 271, n° 211 et p. 288, n° 244; P. GRÉGOIRE, *o.c.*, *La vente*, 1987, p. 77 et s. Comp. cependant avec G.L. BALLON et E. DIRIX, *o.c.*, *La facture* 1996, n° 241.
125. Cette connaissance passe, selon une certaine jurisprudence, par des exigences de forme, destinées à s'assurer que celui qui a stipulé des conditions générales a attiré l'attention de l'autre partie sur leur existence et sur leur contenu (voy. not. Bruxelles 8 février 1991, *J.T.* 1991, p. 565). Le juge aura particulièrement égard à l'attitude des deux parties au contrat: celle du proposant originaire – qui devra avoir attiré l'attention de l'autre partie sur le contenu de ces clauses – et celle du destinataire – qui ne pourra exciper la méconnaissance des clauses lorsqu'il est resté inactif alors qu'il disposait des moyens suffisants pour accéder à leur contenu, d'autant plus si le litige met en cause deux professionnels. Voy. pour plus de développements, R. MOUGENOT, *La preuve*, *o.c.*, 2002, pp. 288, n° 244; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, *o.c.*, *J.T.* 1996, p. 708, n° 48; P. VAN OMMESELAGHE, *o.c.*, *R.C.J.B.* 1986, pp. 140 et s., n°s 57 et s.
126. Voy. en particulier M. BOSMANS, "Les conditions générales en matière contractuelle (1975 à 1979)", *J.T.* 1981, pp. 21-22.
127. Lorsqu'une seule des clauses est déclarée opposable, la question du *battle of forms* ne se pose en effet pas dans la mesure où aucune "contradiction" de clauses ne se présente. Lorsque les deux clauses sont déclarées inopposables, le droit commun supplée à l'absence de réglementation de l'éventuel point litigieux. Ce n'est ainsi que lorsque les deux clauses sont déclarées opposables, que leur contradiction constitue ce que l'on nomme un *battle of forms*.
128. Voy. *supra*, n° 19.



la sphère contractuelle¹²⁹. Il en est particulièrement ainsi lorsqu'il s'agit de relations entre professionnels, quoique la réponse ne soit pas absolue.

Dans un second temps, le juge devra déterminer l'incidence du conflit sur l'existence de l'accord. Si le juge conclut à la naissance de la convention – en ce sens que la discorde n'entache qu'un élément demeuré secondaire¹³⁰ –, la troisième étape du raisonnement consistera alors à faire le choix des dispositions applicables et, le cas échéant, à favoriser l'application d'une clause au détriment de l'autre qui sera écartée du champ contractuel.

La jurisprudence fournit sur ce point plusieurs réponses.

La théorie de l'annulation réciproque (ou *Knock out rule*) résout le conflit né de la confrontation de conditions générales contradictoires en annulant les points secondaires divergents et en y substituant le droit commun et les usages¹³¹. Cette théorie reçoit les faveurs de certains juges¹³² et auteurs¹³³, à tout le moins lorsque les parties ont toutes deux pris le soin d'insérer dans leurs conditions générales une clause dite "de défense"¹³⁴.

Il est cependant fréquent que les juges privilégient des conditions générales au détriment des autres. Dans cette perspective, une préférence pourra être donnée aux dernières conditions envoyées et non suivies de protestation (*last shot rule*¹³⁵) ou, au contraire, aux premières qui n'ont pas fait l'objet d'un rejet exprès (*first shot rule*¹³⁶).

Il ressort de cette analyse qu'aucun principe absolu ne s'impose d'autorité. Il revient ici encore au juge d'apprécier les faits de la cause afin de dégager la solution la plus adéquate au litige. La recherche de la volonté réelle d'accepter le contenu des conditions générales communiquées est sur ce point souvent perçue comme déterminante¹³⁷, et, en définitive, semble bien constituer la seule ligne de conduite qui se dégage de la jurisprudence.

B. Le moment et le lieu de la formation du contrat

22 Intérêt de la question. La détermination du moment de la naissance de la convention n'est pas dépourvue d'intérêt. D'elle dépendent en effet des éléments importants de la vie du contrat tels que l'application du droit transitoire, la

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

Il appartenait à celui qui se prévaut d'une acceptation tacite de l'autre partie d'établir que cette dernière avait bien eu connaissance desdites conditions (Cass. 8 novembre 1991, *Pas.* I, 1992, p. 912). Voy. également Comm. Bruxelles 15 juin 1964, *J.C.B.* 1964, pp. 132-134; Anvers 19 décembre 1990, *Jur. Port d'Anvers* 1992, pp. 39-47; Bruxelles 9 mai 1990, *J.L.M.B.* 1990, p. 1490; Mons 28 mars 1990, *J.L.M.B.* 1990, p. 1412; Anvers 13 septembre 1987, *R.D.C.* 1988, p. 895.

130. L'on sait que le principe de la formation du contrat par la rencontre de deux volontés concordantes fera échec à la reconnaissance de celui-ci lorsqu'un tel consensus fait défaut quant aux éléments essentiels et substantiels. Voy. supra n° 20.

131. Fr. T'KINT, *o.c.*, *Les obligations contractuelles*, 1984, p. 48 et les références citées. Voy. en ce qui concerne le comblement des lacunes du contrat par le juge W. DE BONDT, *o.c.*, *R.W.* 1996-97, spéc. pp. 1012 et s.

132. Voy. not. Bruxelles 3 novembre 1994, *J.T.* 1995, p. 263; Comm. Bruxelles 20 décembre 1991, *R.D.C.* 1992, p. 919; Comm. Liège 29 octobre 1975, *J.C.B.* 1976, p. 646; Trib. Arr. Namur 30 janvier 1976, *J.L.* 1975-76, p. 260 cités par M. BOSMANS, *o.c.*, *J.T.* 1981, p. 24. Voy. également les références citées par P. VAN OMMESSLAGHE, *o.c.*, *R.C.J.B.* 1986, pp. 145 et s.

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

133. P. VAN OMMESSLAGHE, *o.c.*, *R.C.J.B.* 1986, p. 145, n° 58. Voy. également D. PHILIPPE et M. CHAMAS, *o.c.*, *Le processus de formation du contrat*, 2004, pp. 298 et s.

134. On entend par "clause de défense" la clause, fréquente dans la pratique, où son auteur déclare n'être lié que par ses propres conditions générales, ou que celles-ci s'appliquent "par préférence" ou "à l'exclusion" de "toutes autres". Voy. pour une application not. Bruxelles 3 novembre 1994, *J.T.* 1995, p. 263; Comm. Bruxelles 24 novembre 1967, *J.C.B.* 1968, I, p. 19; Comm. Saint-Nicolas 10 janvier 1967, *J.C.B.* 1969, p. 150 cité par P. VAN OMMESSLAGHE, *o.c.*, *R.C.J.B.* 1975, p. 496, n° 42. Voy. enfin les références citées par S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, *o.c.*, *J.T.* 1996, p. 715, n° 79.

135. Voy. pour une définition et une application: L. FREDERICQ, *Droit commercial belge*, Gand, 1955, Tome III, p. 39. La *last shot rule* trouve principalement application lorsque sont en cause des relations entre commerçants. Elle se fonde sur l'usage commercial qui veut que le défaut de protestation dans un délai raisonnable équivaut à une acceptation tacite, en particulier lorsqu'il y a eu un commencement d'exécution ou si le silence s'inscrit dans le cadre de relations courantes d'affaires. Voy. not. I. MOREAU-MARGRÈVE, "Les conditions générales de vente", *Renaissance du phénomène contractuel*, Fac. dr. Liège, La Haye, Martinus Nijhoff, 1971, p. 318; E. TEMMERMAN, note sous Comm. Saint-Nicolas 10 janvier 1967, *J.C.B.* 1969, I, p. 150; J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes* 1981, n° 18. Voy. également Bruxelles 2 février 1977, *J.T.* 1977, p. 472; Comm. Tournai 2 décembre 1969, *J.C.B.* 1971, II, p. 243; Comm. Hasselt 14 mai 1969, *J.C.B.* 1969, I, p. 156; Bruxelles 12 juin 1964, *Pas.* 1964, II, p. 178; Comm. Bruxelles 14 décembre 1962, *J.C.B.* 1963, p. 49; Comm. Bruxelles 19 octobre 1961, *R.W.* 1961, col. 809. Certains auteurs (M. COIPEL, *Éléments de théorie générale des contrats*, *o.c.*, 1999, p. 47; E. TEMMERMAN, note sous Comm. Saint-Nicolas 10 janvier 1967, *Entr. et Dr.* 1970, p. 188) ont critiqué l'application systématique des dernières conditions transmises et non suivies de protestation, considérant principalement que le silence gardé, même par un professionnel, suite à la réception de documents contradictoires, demeure équivoque (voy. également supra, n° 19). D'autres auteurs lui accordent leur préférence, sous réserve de l'application de la *Knock out rule*: voy. D. PHILIPPE et M. CHAMAS, *o.c.*, *Le processus de formation du contrat*, 2004, spéc. p. 303.

136. Selon cette théorie, s'intègrent seules dans le contrat les clauses jointes à l'offre initiale (*first shot*), sauf si leur destinataire en rejette expressément l'application. Pour une application par la jurisprudence, voy. not. Comm. Bruxelles 21 mars 1969, *R.D.C.* 1971, 22; Comm. Gand 24 avril 1990, *R.D.C.* 1991, p. 555 avec une note de M. STORME. Cette théorie a également été défendue par certains auteurs (voy. not. E. DIRIX et G.L. BALLON, *o.c.*, *La facture*, 1997, p. 170, n° 245).

137. M. BOSMANS, *o.c.*, *J.T.* 1981, n° 30.



fixation éventuelle du prix du marché, la vérification des conditions de validité de la convention (capacité et pouvoir de conclure, etc.), l'entrée en vigueur du contrat, mais aussi, dans certains droits, le transfert des risques et de la propriété, ou encore le point de départ du délai de prescription des actions en nullité.

Quant au lieu de la conclusion, il constitue le critère par excellence de la détermination de la compétence territoriale, tant interne¹³⁸ qu'internationale¹³⁹.

23 Application de la théorie de la réception. À défaut pour les parties d'avoir réglé cette question, il est admis que la théorie de la réception s'applique aux contrats entre absents¹⁴⁰. Selon cette dernière, le contrat se forme au moment où le pollicitant est en mesure de prendre connaissance de l'acceptation, c'est-à-dire au moment où celle-ci lui parvient¹⁴¹. La preuve de ce moment peut être fournie par toutes voies du droit¹⁴².

Le lieu de la conclusion est quant à lui présumé être celui où l'offrant a pu prendre connaissance de l'acceptation¹⁴³.

Une connaissance effective n'est généralement pas exigée¹⁴⁴: il faut, mais il suffit, que l'offrant ait été en mesure de prendre connaissance de l'acceptation¹⁴⁵.

La règle est supplétive de la volonté et les parties peuvent donc y déroger¹⁴⁶.

24 L'acceptation tacite. Qu'en est-il lorsque l'acceptation se fonde dans un acte d'exécution ou est déduite d'un silence du destinataire de l'offre?

Dans ce cas, la théorie de la réception paraît s'exclure d'elle-même dès lors que, précisément, l'acceptation ne "parvient" techniquement pas à l'offrant, à tout le moins lorsque les parties n'ont pas expressément imposé une notification du commencement d'exécution.

La doctrine ne fournit guère de réponse et la jurisprudence se retranche parfois derrière des solutions peu convaincantes¹⁴⁷.

La solution la plus opportune devrait probablement s'inspirer des récents instruments internationaux. L'on sait par exemple que l'article 23 de Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises pose pour règle que le moment et le lieu de la formation du contrat sont ceux où "l'acceptation prend effet", c'est-à-dire ceux où l'indication d'acquiescement parvient à l'offrant. En ce sens, le destinataire de l'offre serait tenu de notifier son acceptation au pollicitant. Les Principes Unidroit (art. 2.1.6) et les Principes du droit européen du contrat (art. 2:205) posent une règle identique, tout en permettant d'y déroger lorsque les parties ont envisagé la possibilité d'une acceptation tacite ou que celle-ci constitue une "habitude" entre elles. Dans ce dernier cas, il se justifierait d'avoir égard au moment et au lieu d'accomplissement de l'acte.

Cette solution, nuancée, paraît se conjuguer avec la pratique contractuelle. Elle rencontre également le principe selon lequel l'appréciation du moment et du lieu de la formation du contrat gît en fait et qu'il revient au juge d'apprécier, eu égard à toutes les circonstances de l'espèce, quand et où le contrat a été conclu.

138. Voy. les artt. 624 et s. du Code judiciaire.

139. Voy. not. l'art. 96 de la loi du 16 juillet 2004 relative au nouveau Code de droit international privé (*M.B.* 27 juillet 2004 – entré en vigueur le 1^{er} octobre 2004). Ce dernier assoit la compétence des juridictions belges sur le lieu de la naissance de l'obligation contractuelle.

On notera également que l'art. 105 de la loi précise par ailleurs que "l'obligation dérivant d'un engagement par déclaration unilatérale de volonté est régie par le droit choisi par la personne qui s'engage. À défaut d'un tel choix, elle est régie par le droit de l'État sur le territoire duquel cette personne a sa résidence habituelle au moment de son engagement".

140. Voy. not. C. CAUFFMAN, *o.c.*, *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht* 2002, pp. 23 et s. La théorie de la réception reçoit largement les faveurs des droits nationaux (voy. not. les §§ 130 à 132 du B.G.B. allemand) et supranationaux (voy. art. 23 de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises, art. 2.6, al. 3 des Principes Unidroit et art. 2:205 (1) des Principes du droit européen du contrat).

141. Cass. 16 juin 1960, *R.C.J.B.* 1962, p. 301 et note J. HEENEN; Cass. 25 mai 1990, *J.T.* 1990, p. 724 et *R.W.* 1990-91, col. 149 et *Arr. Cass.* 1990-91, p. 1218; Cass. 19 juin 1990, *Pas.* 1990, I, p. 1182. Voy. aussi Civ. Liège 19 mai 1995, *Pas.* 1995, III, p. 13; Civ. Malines 16 novembre 1993, *Pas.* 1993, III, p. 43; Mons 10 décembre 1985, *R.D.C.* 1986, p. 670; Civ. Huy 20 janvier 1970, *J.C.B.* 1970, pp. 597-601. Voy. enfin T. STAROSSELETS, *o.c.*, *Le processus de formation du contrat*, 2004, p. 55, n° 40; H. DE PAGE, *Traité*, pp. 527, n° 536; P. VAN OMMESELAGHE, *o.c.*, *R.C.J.B.* 1986, pp. 138-139, n° 55; M. COIPEL, *Éléments de théorie générale des contrats*, *o.c.*, 1999, p. 49, n° 61; J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes* 1981, pp. 14 et 28; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, *o.c.*, *J.T.* 1996, pp. 715-716, n° 80.

Contra: en France: Cass. fr. 7 janvier 1981, Pourvoi n° 79-13.499 et Cass. fr. 25 juin 2002, Pourvoi n° 01-01093, *D.* 2002, *Jur.*, p. 2359 et note Y. CHARTIER et *R.T.D.C.* 2003, pp. 289-290. Voy. également L. GRYNBAUM, "Contrats entre absents: les charmes évanescents de la théorie de l'émission de l'acceptation", *D.* 2003, n° 26, *Chron.*, pp. 1706-1710 et les références citées.

142. Civ. Malines 16 novembre 1993, *Pas.* 1993, III, p. 43.

143. Cass. 25 mai 1990, *Pas.* 1990, I, p. 1087 et *J.T.* 1990, p. 724. Voy. également T. STAROSSELETS, *o.c.*, *Le processus de formation du contrat*, 2004, p. 56, n° 41. L'auteur propose d'y substituer le lieu de la principale activité de l'offrant par souci de prévisibilité contractuelle.

144. Cass. 19 juin 1990, *Pas.* 1990, I, 1182; Cass. 25 mai 1990, *Pas.* 1990, I, p. 1087.

145. On tiendra compte du moment où le destinataire de l'offre est raisonnablement fondé à croire que son acceptation peut être connue de l'offrant. Ainsi, en cas d'envoi par fax, l'on tiendra compte des heures ouvrables de la société. Voy. sur ce point J. HEENEN, *o.c.*, *R.C.J.B.* 1962, p. 310, n° 19.

146. T. STAROSSELETS, *o.c.*, *Le processus de formation du contrat*, 2004, pp. 58-59, n° 43.

147. Voy. not. Civ. Malines 16 novembre 1993, *Pas.* 1993, III, p. 43 cité par T. STAROSSELETS, *o.c.*, *Le processus de formation du contrat*, 2004, p. 59, n° 44 (qui conclut à l'absence de contrat faute d'avoir pu déterminer le moment de sa conclusion). Comp. cependant avec Comm. Anvers 8 mars 1968, *R.W.* 1969-70, col. 1749 (qui retient le moment et le lieu du commencement d'exécution).



Une alternative pourrait donc être retenue en fonction des circonstances de la cause. Lorsque les parties – ou à tout le moins l’offrant – ont envisagé une acceptation tacite ou que celle-ci constitue une pratique courante entre elles, il pourrait être justifié de considérer que le contrat a été conclu au moment et au lieu du commencement de l’exécution de l’acte¹⁴⁸. Dans la négative, il semble justifié d’exiger du destinataire de l’offre qu’il informe l’offrant de son acceptation. Dans ce dernier cas, le contrat naîtra alors au lieu et au moment de la réception de cette notification. À défaut de ce faire, le destinataire supportera seul les risques du défaut de communication et ne pourra notamment reprocher à l’offrant d’avoir, malgré le commencement d’exécution, conclu avec un tiers après l’échéance du délai d’acceptation.

25 Les clauses contractuelles. La théorie de la réception s’applique aux contrats soumis au droit belge. Sur la scène internationale, la divergence des solutions retenues invite les partenaires économiques à la prudence afin d’anticiper les éventuels écueils de la détermination du moment de la conclusion du contrat. L’idéal est en effet de préciser dans l’offre elle-même le moment précis où le contrat pourra être considéré comme étant conclu et où les obligations réciproques deviendront exigibles.

Il est significatif sur ce point de constater que, souvent, de tels documents précontractuels se distancent des solutions nationales, privilégiant ce qui s’apparenterait à une troisième théorie, la “théorie de la confirmation”. Souvent, en effet, il est précisé que le contrat ne se formera qu’au moment où l’offrant, ayant réceptionné l’acceptation, confirmera sa volonté d’exécuter le contrat¹⁴⁹, ce qui témoigne du formalisme croissant auquel les parties se soumettent volontairement ainsi que de la volonté de l’offrant de garder la pleine maîtrise du contrat et du moment de sa naissance.

La validité de pareilles clauses ne souffre aucune discussion.

Conclusion générale

26 Un régime juridique à construire ... Le nombre d’études publiées sur la formation des contrats ne paraît pas avoir complètement épuisé l’attrait du sujet. L’absence de texte spécifique à portée générale implique probablement d’acquiescer au constat que son cadre normatif demeure encore relativement inachevé, de nombreuses questions n’ayant pas reçu de réponse définitive.

La place centrale du juge, seul habilité à interpréter les volontés constitutives du contrat, contribue certainement à dresser pareil constat. Dégager, à partir de cas d’espèce, des règles ayant vocation à être généralisées demeure malaisé, tout comme l’est la nécessité d’assurer la cohérence globale du régime qui serait de la sorte institué.

Ceci renforce notamment le sentiment, légitime, des praticiens d’une relative insécurité juridique, les poussant souvent à tenter de la combattre en contractualisant la phase des négociations, et, en cas de litige, en préférant un arrangement amiable à un recours trop aléatoire aux tribunaux étatiques. On ne saurait les en blâmer tant persiste le sentiment que chaque affirmation pourrait aisément être approfondie, affinée, voire révisée.

Se pose alors notamment la question de savoir s’il ne conviendrait pas de conférer à la matière un cadre légal propre. L’on sait que d’autres droits, comme les droits allemand et suisse, se sont inscrits dans cette perspective et disposent d’un corps élaboré de règles permettant de répondre aux principales questions suscitées par la matière. Les droits belge et français demeurent silencieux, sous réserve de quelques législations particulières, largement inspirées du mouvement consumériste et gardant un champ d’application limité.

Il convient tout d’abord de souligner qu’il n’est pas certain que l’absence de règle rende le régime belge plus lacunaire ou moins ajusté aux situations concrètes. Une étude comparative le confirme. La jurisprudence et la doctrine ont suppléé de manière satisfaisante au vide juridique en forgeant un encadrement adapté à la formation de la toute grande majorité des accords. Elles ont également répondu à la plupart des questions posées par la pratique. Il n’est par ailleurs pas certain que le choix d’une réglementation spécifique permettrait de supprimer complètement l’insécurité – pour les négociateurs – dont est naturellement empreinte la phase de formation des conventions dès lors, notamment, que la délicate question de l’interprétation des volontés ne pourra jamais être éludée.

Il reste que certaines questions mériteraient d’être clarifiées ou précisées, ainsi que certains principes confirmés. La théorie de l’offre reste en effet en grande part à construire et la référence à un texte légal permettrait à la doctrine de trouver quelque apaisement.

148. Demeure la question de savoir s’il convient sur ce point de tenir compte de l’exécution des prestations dites “caractéristiques” ou si l’exécution d’une quelconque prestation suffit. La question mériterait d’être approfondie.

149. Voy. not. pour des exemples M. TAVERNE et M. VAN RUYMBEKE, “Les clauses relatives à l’opposabilité et à la formation du contrat dans les conditions générales”, *La rédaction des conditions générales, Aspects juridiques et pratiques*, U.C.L. – Centre de droit des obligations, Story-Scientia, 1985, spéc. pp. 16 et s.



Dans cette perspective, le droit comparé est riche d'enseignements¹⁵⁰. L'ouverture vers d'autres sciences humaines, et en particulier la psychologie¹⁵¹, revêt également un intérêt certain. L'importance que joue, dans cette matière, la prospection des volontés requiert une telle démarche. Il serait en effet illusoire pour le droit de prétendre poser des règles qui ne peuvent qu'imparfaitement s'agencer à la réalité vécue et "sentie" par les négociateurs.

27 La volonté réelle et la volonté déclarée au regard de la formation des contrats. Nous souhaiterions, avant de clore cette étude, engager une réflexion plus fondamentale qui nous paraît illustrer plusieurs problématiques sous-jacentes à la matière. Tout comme il en est des négociations, l'étude de l'offre et de l'acceptation paraît en effet illustrer l'importance croissante qui est accordée au respect des attentes et de la confiance légitime du partenaire. Celles-ci sont insufflées au cœur des négociations grâce aux exigences de bonne foi qui façonnent les devoirs imposés aux négociateurs et à l'influence qu'elles exercent de manière certaine sur l'appréciation des faits générateurs de responsabilité¹⁵². Plus discrètement, elles semblent également se manifester au travers de la coloration plus objective qui est parfois conférée à la volonté par les juges.

Il est une évidence que le respect dû aux anticipations d'autrui déploie tout son particularisme dans la phase des négociations. Le moment où s'élabore le projet contractuel, et où convergent les intérêts réciproques, est en effet aussi celui où s'éveille et se renforce la confiance mutuelle et où, en l'absence d'engagement ferme, les attentes créées sont nécessairement plus vulnérables. Il est donc légitime que cette lente progression vers le contrat s'accompagne d'une

accentuation des responsabilités et que l'offre, qui constitue souvent l'ultime étape de ce processus, appelle une protection plus grande des intérêts de celui qui l'a reçue¹⁵³.

L'étude de la phase de formation du contrat témoigne, nous l'avons vu, de l'important pouvoir concédé aux juges et de la part active qu'ils prennent dans la reconnaissance de l'existence du contrat. La question se pose alors de savoir dans quelle mesure se trouve aujourd'hui confirmée la primauté de l'autonomie de la volonté et, ainsi, de la volonté intime en faveur de laquelle les rédacteurs du Code civil semblaient avoir tranché.

Pour y répondre, il n'est pas inutile de rappeler brièvement l'enjeu du débat, ancien, qui a animé la doctrine, et qui, selon nous, persiste encore aujourd'hui sous couvert des questions particulières qui jalonnent l'étude de la matière. Cette précision permet en effet de rappeler le contenu qu'il convient de conférer à l'autonomie de la volonté et de souligner la portée exacte de l'oscillation entre volonté réelle et volonté déclarée.

De tout temps, la doctrine a admis que la volonté intime, phénomène avant tout psychologique, n'est pas en tant que telle prise en compte par le droit¹⁵⁴. Pour acquérir une juridicité, l'intention subjective doit nécessairement se manifester à l'extérieur de l'homme et pénétrer le champ social. En ce sens, elle doit toujours se *déclarer* – l'on parle alors de "volonté" au sens juridique du terme –, à tout le moins parce qu'une telle déclaration constitue ce que R. SALEILLES appelait un "procédé de publicité"¹⁵⁵.

Le principe ne souffre aucune discussion. Il n'est pas davantage remis en cause aujourd'hui.

Reste cependant la question de savoir quelle portée conférer à ces signes extérieurs lorsqu'ils ne concordent pas avec la volonté intime de leur(s) auteur(s)¹⁵⁶. Selon la théorie de la volonté (*Willentheorie*), à laquelle se joignent naturellement les principes de la liberté contractuelle (*Vertragsfreiheit*) et de l'autonomie des volontés (*Privatautonomie*), l'apparence de consentement n'est source d'obligations que si elle est confirmée par la volonté intime des parties. Ainsi,

150. L'exemple du Code des obligations suisse pourrait notamment constituer un modèle. Les normes régissant la rencontre des volontés y sont en effet le fruit d'une réflexion en profondeur des principes sous-jacents à la notion de contrat, tout en s'ajustant à la psychologie des négociateurs.

151. Voy. not. l'étude de S. MICHAUX, "La formation du contrat: pour un rapprochement entre psychologie et droit", *Le processus de formation du contrat*, o.c., 2002, pp. 789 à 845. Nous pouvons bien entendu également souligner l'importance, pour le juriste, de s'ouvrir également à l'analyse économique du droit, en particulier lorsqu'il s'agit d'envisager les négociations complexes entre firmes. De nombreuses études y consacrent en effet des développements intéressants (voy. en particulier R. POSNER, *The Economic Analysis of Law*, Boston, Little Brown, 1986; R. LANDES & R. POSNER, *The Economic Structure of Tort Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1987; A. KATZ, "When Should an Offer Stick? The Economics of Promissory Estoppel in Preliminary Negotiations", *Yale Law Journal* 1996, vol. 105, pp. 1249 et s.).

152. Voy. en particulier B. DE CONINCK et C. DELFORGE, o.c., *Le processus de formation du contrat*, 2004, n°s 4 et s. L'étude de la jurisprudence atteste en effet que les juges ont égard, pour apprécier l'existence d'une faute dans la rupture des négociations, non seulement au comportement adopté par celui qui rompt, mais aussi à l'atteinte qu'il a ainsi portée à la légitime confiance de l'autre en la poursuite des négociations ou de la conclusion du contrat. Cette évolution est également soulignée par la doctrine française. Voy. sur ce point A. RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil et allemand*, Thèse, L.G.D.J., 1961; J. HAUSER, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, Paris, L.G.D.J., 1971; H. MUIR-WATT, "Les pourparlers: de la confiance trompée à la relation de confiance", *Les concepts contractuels à l'heure des Principes de droit européen des contrats*, Dalloz, 2003, pp. 53 et s.

153. Ceci nous renvoie à J. MARTIN DE LA MOUTTE selon qui "du fait qu'elle intervient seule, la volonté est plus fragile et offre un crédit moins grand que la volonté conventionnelle; il est naturel alors que le droit lui impose une stabilité et une permanence plus vigoureuses" (J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral. Essai sur la notion et sa technique en Droit civil*, Thèse Toulouse, 1949, Éd. Comm. Paris 1951, n° 346).

154. Voy. dans ce sens A. RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, Paris, L.G.D.J., 1961, p. 37, n° 26.

155. R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté*, o.c., p. 2.

156. C'est en Allemagne, aux VII^{ème} et XVIII^{ème} siècles, que l'on retrouve avec le plus d'intensité l'opposition théorique entre les deux théories concurrentes – les théories de la volonté et de la déclaration – qui ont prétendu fournir une réponse. Voy. not. sur ce point les développements de R. PATRY, *Le principe de la confiance et la formation du contrat en droit suisse*, Thèse, Genève, Imprimerie du Journal de Genève, 1953, 296 p., spéc. pp. 15-16.



seule la concordance entre les volontés réelles est source de droits et obligations. Au contraire, la théorie de la déclaration de volonté (*Erklärungstheorie*) invite à ne retenir que les manifestations objectives de la volonté et leur réception par l'ordre social, privilégiant dès lors en toutes circonstances l'accord apparent de volontés.

On enseigne traditionnellement qu'entre ces deux voies, les rédacteurs du Code civil ont choisi la première.

La lecture des décisions rendues dans notre matière le confirme largement. Qu'il s'agisse de qualifier l'offre – et en particulier d'apprécier la fermeté du consentement qu'elle porte –, de déduire une acceptation tacite du silence ou de l'inaction, ou encore de décider lesquelles des conditions sont entrées dans le champ contractuel, c'est à chaque fois la volonté réelle qui est recherchée.

La coloration éminemment subjective parfois conférée de manière dogmatique à la volonté ne doit cependant pas être surestimée.

Tout d'abord, la recherche de l'intention réelle ne se justifie qu'en cas de doute sur le sens d'une manifestation de volonté. Les clauses claires et précises échappent à toute interprétation. L'intention déclarée pourra ainsi primer l'intention réelle de son auteur si celui-ci ne s'est pas assuré d'une adéquation parfaite entre sa volonté intime et ce qu'il a exprimé.

Ensuite, et probablement plus fondamentalement, l'importance accordée par la jurisprudence aux exigences de bonne foi, et à la confiance légitime¹⁵⁷, témoigne que les juges ont également égard à la réalité objective lorsqu'ils sont appelés à statuer sur l'existence d'un accord ou à interpréter des comportements précontractuels. Plus encore, la force obligatoire de l'offre semble s'imposer comme étant tout autant un engagement de l'offrant qu'un acte de foi envers

autrui¹⁵⁸. Ainsi, il est des situations où l'objectivité des comportements ou des déclarations sera également source d'obligations. Le constat n'est pas neuf et la jurisprudence offre de multiples exemples où la volonté réelle a probablement été sacrifiée au nom de la protection des attentes légitimes du destinataire de l'offre ou du maintien du contrat.

L'évolution jurisprudentielle paraît ainsi en réalité marquée, peut-être davantage que par le passé, par une confluence progressive des conceptions objective et subjective du contrat et, ce faisant, s'orienter vers une sorte de "théorie" intermédiaire, proche de ce que la doctrine allemande nommait la "théorie de la confiance" (*Vertrauensstheorie*)¹⁵⁹. L'idée serait alors que si une prévalence doit être donnée à la volonté réelle, la volonté déclarée ne doit pas pour autant être systématiquement exclue. Celle-ci peut jouer un rôle correctif lorsque la première n'est pas établie de manière certaine. Ainsi, la volonté intime *peut* être écartée lorsque son application aboutit à des conséquences injustes ou inéquitables.

Même s'il nous semble pour notre part justifié d'accorder à la confiance et aux "attentes légitimes" – et dès lors à l'enracinement social de tout acte juridique – davantage qu'un rôle "correctif", il est à tout le moins une évidence que seule une conception nuancée permet de sauvegarder les deux impératifs souvent antagonistes du droit des contrats, à savoir celui de la sécurité des transactions – qui implique, corrélativement, une plus grande protection du destinataire de l'offre –, et celui de la liberté contractuelle – lequel se conjugue davantage avec les intérêts de l'offrant. L'importance, tout particulièrement pertinente en matière de formation des conventions, de trouver le point d'équilibre entre une juste protection des intérêts des deux parties à la négociation, justifie à notre sens une telle prise en compte.

157. L'argument tiré de l'atteinte portée à la confiance légitime d'autrui est de plus en plus souvent invoqué par les plaideurs (voy. not. Cass. fr. 24 septembre 2002, Pourvoi n° 00-21803, arrêt de rejet). Rappelons cependant que, dans un arrêt du 26 mars 1980 (*Pas.* 1980, I, pp. 915-917), la Cour de cassation belge avait quant à elle refusé d'admettre l'existence d'une "théorie de la confiance légitime dans le droit des obligations". Un rejet de la prise en compte des incidences de ce qui pourrait constituer un "principe" ou à tout le moins une "théorie" n'est cependant pas certain. Plus récemment, encore, la Cour de cassation n'a pas davantage saisi la possibilité qui lui était offerte de consacrer l'existence d'un principe tiré du "respect des anticipations légitimes d'autrui" (voy. Cass. 26 mai 2003, R.G. S.01.0108, arrêt disponible sur le site www.cass.be). La théorie de la confiance légitime n'est pourtant plus contestée dans d'autres matières, et en particulier dans le cadre des relations entre les citoyens et les institutions publiques (sous couvert alors de respect des exigences de sécurité juridique et en vertu du principe de bonne administration). On soulignera également l'importance que revêt ce principe en droit communautaire, où il constitue par ailleurs un "principe général du droit" dont l'application n'est plus contestée, en ce compris en matière contractuelle (voy. sur ce point not. la récente décision rendue par le Tribunal de première instance des Communautés européennes le 7 juillet 2004, Décision T-175/03, *Affaire N. Schmitt c/ Agence européenne pour la reconstruction*).

158. Voy. X. DIEUX, *o.c.*, 1995, spéc. pp. 100 et s., n°s 42 et s. Voy. également Ph. COPPENS, "Sur l'intention et la volonté dans les contrats", *Mélanges offerts à Marcel Fontaine*, Larcier, 2003, pp. 83-110, spéc. pp. 99 et s., n°s 15 et s.

159. R. PATRY, *o.c.*, *Le principe de la confiance et la formation du contrat en droit suisse*, p. 17.

