

LES CRITÈRES DE LA CONCLUSION DU CONTRAT

LAURENT HIRSCH

Dans le cours d'une négociation contractuelle, à quel moment le contrat est-il conclu et lie-t-il juridiquement les parties ? Suffit-il que les parties déclarent conclure le contrat ou est-il nécessaire de s'assurer que le contrat a un certain contenu ? Dans quelle mesure le contrat peut-il être encore incomplet au moment de sa conclusion ?

J'entends soumettre ici quelques éléments de réflexion, sur la base du droit existant et *de lege ferenda*.

1. Conclusion d'un contrat incomplet dans la pratique

Le contrat peut-il être conclu à défaut d'accord sur un élément essentiel ? A première vue, l'idée même peut paraître contradictoire : comment les parties pourraient-elles vouloir se mettre d'accord si l'objet du contrat n'est pas déterminé ? Pourtant, dans la pratique des affaires, il arrive que les parties souhaitent conclure rapidement un contrat qui les lie définitivement l'une et l'autre, alors même qu'un élément essentiel n'est pas encore réglé (par exemple, les parties souhaitent conclure un accord sur la vente d'une entreprise, en laissant encore ouverte la question de l'objet du contrat, vente des actifs et passifs ou vente du capital-actions, ou en renvoyant à plus tard la question des garanties du vendeur ; ou les parties souhaitent conclure un contrat de licence, sans avoir encore circonscrit le savoir-faire et les brevets objet de la licence, ou sans avoir encore fixé le niveau des redevances dues).

Dans la pratique, les parties prévoient le plus souvent qu'elles se mettront d'accord ultérieurement. Le juriste n'y trouve évidemment guère son compte, mais dans la réalité les parties trouvent le plus souvent un terrain d'entente, de sorte que la question de la portée juridique de leur engagement initial ne se pose simplement pas.

2. Complètement du contrat

A défaut d'accord des parties, comment ces points essentiels devraient-ils être déterminés, si l'on considère le contrat valablement conclu ?

Dans les systèmes de droit civil européen, si le contrat est d'un type réglé par la loi, les dispositions légales supplétives permettront le plus souvent de déterminer le contenu du contrat. Au-delà, ces droits nationaux traditionnels admettent largement la possibilité d'un contrat sans détermination du prix, mais se montrent plus empruntés lorsque manque un autre élément essentiel. Cette dernière distinction s'explique par des raisons historiques et pratiques (voire des motifs d'opportunité), mais ne présente pas de justification de principe évidente.

Les parties peuvent prévoir un mécanisme de détermination par un tiers, mécanisme qualifié parfois d'expertise ou d'arbitrage. Certains critères de détermination peuvent être énoncés dans le contrat. La décision du tiers peut être facilitée en prévoyant qu'il est limité à opérer un choix entre la proposition complète d'une partie et la proposition complète de l'autre partie (*baseball arbitration*). La validité du mécanisme de détermination par un tiers n'est cependant pas certaine dans les droits nationaux traditionnels (il est réjouissant de voir un tel mécanisme expressément consacré par les Principes Unidroit et les Principes du droit européen des contrats).

3. Principes généraux

Différents principes m'apparaissent pertinents pour traiter la question *de lege ferenda*.

La protection des attentes légitimes des parties (*Vertrauen, reliance*) est certainement un pilier essentiel du droit privé. Elle a cependant ici peut-être moins d'importance.

La nécessité de l'application efficace du droit est une constante, qui imprègne fortement le droit existant.

La liberté contractuelle est également au centre du débat, mais semble subordonnée à d'autres principes dans le droit existant.

La sécurité du droit est un impératif important, assurant la prévisibilité de la solution à donner à un éventuel litige et permettant ainsi d'éviter des procédures (dont l'issue apparaîtrait presque certaine).

C'est à la lumière de ces principes (parfois contradictoires) que l'on peut revoir le droit existant et réfléchir au droit désirable.

4. Principes du droit suisse

En droit suisse, tandis que l'article 1 CO pose le critère fondamental de la manifestation de volontés concordantes, l'article 2 CO précise les éléments sur lesquels doit porter cette manifestation de volonté :

- « 1. Si les parties se sont mises d'accord sur tous les points essentiels, le contrat est réputé conclu, alors même que les points secondaires ont été réservés.
2. A défaut d'accord sur les points secondaires, le juge les règle en tenant compte de la nature de l'affaire. »

Le critère est que l'accord couvre les points essentiels (ce critère se retrouve, sous des formes diverses, dans de nombreux autres droits).

Cette disposition apparaît fondée sur la prémisse que ne sauraient être efficacement appliqués que des droits suffisamment déterminés. Elle implique que les attentes des parties ne sont légitimes et ne méritent protection que si elles portent sur un contenu couvrant l'essentiel. La sécurité du droit semble assurée par une règle claire.

5. Principes Unidroit

Les Principes Unidroit disposent :

- 2.2 « Une proposition de conclure un contrat constitue une offre si elle est suffisamment précise et si elle indique la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation. »
- 2.14 « 1. Dès lors que les parties entendent conclure un contrat, le fait qu'elles renvoient la détermination d'une clause à un accord ultérieur ou à la décision d'un tiers ne fait pas obstacle à la conclusion du contrat.
2. L'existence du contrat n'est pas compromise du fait que, par la suite
a) les parties ne sont pas parvenues à un accord ; ou
b) le tiers n'a pas pris de décision,
à condition qu'il y ait un autre moyen de déterminer cette clause qui soit raisonnable dans les circonstances en tenant compte de l'intention des parties. »
- 4.8 « A défaut d'accord entre les parties quant à une clause qui est importante pour la détermination de leurs droits et obligations, on y supplée par une clause appropriée. »

Bien que l'intention des parties d'être liées et la précision du contrat semblent constituer les deux critères de base, l'intention des parties est prédominante. La précision du contenu est plutôt un indice de sa portée juridique et les Principes offrent une possibilité subsidiaire de compléter le contrat.

Ces dispositions paraissent placer au premier plan le souci d'assurer la validité juridique du contrat et impliquent que les attentes des parties sont légitimes et méritent protection dès lors que les parties entendent conclure un contrat. Le souci de l'application efficace du droit semble passer au second plan et est reflété par un critère souple, celui de la possibilité de détermination du point ouvert, le cas échéant selon un mécanisme de substitution raisonnable.

6. Principes du droit européen des contrats

Les Principes du droit européen des contrats disposent

- « 2.101.1 Un contrat est conclu dès lors que
 a) les parties entendaient être liées juridiquement,
 b) et sont parvenues à un accord suffisant,
 sans qu'aucune autre condition soit requise. »
- « 2.103.1 Un accord est suffisant si ses termes
 a) ont été définis par les parties de telle sorte que le contrat puisse être exécuté,
 b) ou peuvent être déterminés en vertu des présents Principes. »
- « 6.106.1 Lorsque le prix ou tout autre élément du contrat doit être déterminé par un tiers et que celui-ci ne peut ou ne veut le faire, les parties sont présumées avoir donné au tribunal pouvoir de lui désigner un remplaçant qui procèdera à cette détermination. »

L'intention des parties d'être liées juridiquement et l'exigence de contenu forment les deux conditions de base. Le critère de l'accord suffisant s'examine en fonction de la possibilité d'assurer l'exécution du contrat (et les Principes ont vocation à constituer une base subsidiaire pour la détermination de cet accord suffisant).

Ces dispositions placent ainsi au premier plan la nécessité de l'application efficace du droit. Les attentes des parties sont légitimes et méritent protection lorsque les parties entendaient être liées juridiquement et qu'un minimum de contenu a été déterminé.

7. Protection des attentes légitimes des parties

La protection des attentes légitimes des parties n'apparaît finalement pas comme un critère important pour déterminer si un contrat incomplet peut être conclu.

Ce critère intervient en général à un stade postérieur, celui du déroulement des faits suivant l'accord (incomplet) des parties. Ce principe de

protection des attentes légitimes des parties amène le juge à admettre plus facilement la validité de la conclusion d'un contrat si une partie en a commencé l'exécution ou a pris d'autres dispositions en se fiant à l'existence du contrat. Mais ce critère est inopérant au moment de la conclusion du contrat.

On peut considérer que les attentes sont légitimes aussi bien dès lors que les parties entendent conclure un contrat (selon les Principes Unidroit), que dès lors que leur accord porte sur les points essentiels (selon le droit suisse). A partir du moment où la règle légale est claire et peut être considérée connue des parties, les parties ne peuvent pas avoir d'attentes légitimes tant que les conditions de cette règle ne sont pas remplies.

8. Application efficace du droit

Les critères relatifs au contenu (points essentiels en droit suisse, accord suffisant selon les Principes de droit européen des contrats) paraissent fondés principalement sur la nécessité de l'application efficace du droit : le système juridique ne peut reconnaître comme contraignantes que des obligations dont il peut assurer l'exécution de manière efficace ; à défaut de sanction, une norme n'a pas de valeur juridique. Cette contrainte pratique pourrait-elle, plutôt que d'amener à refuser d'emblée la qualification de contrat à la convention des parties, intervenir à un stade ultérieur, celui de la détermination du contenu de la convention ? D'une part, le contenu de la convention peut être établi par du droit dispositif (et les Principes Unidroit offrent un filet couvrant un champ plus large que les dispositions traditionnelles des droits nationaux). D'autre part, on pourrait considérer que, dans la mesure où les parties ont convenu de se lier sans préciser le contenu de leurs obligations, elles ont ainsi manifesté qu'elles s'en rapportaient finalement au juge pour décider du tel contenu.

9. Liberté contractuelle

Les critères relatifs au contenu peuvent aussi être reliés à la liberté contractuelle et refléter un souci de respecter la volonté des parties, dont le contenu est un indice : si les parties se sont mises d'accord sur l'essentiel, elles entendent probablement être liées, tandis que, si elles ne sont même pas d'accord sur l'essentiel, elles n'entendent logiquement pas être liées. Dans une telle logique, il conviendrait de permettre aux parties de renverser cette présomption. De même qu'il est admis que les parties puissent se mettre d'accord sur tous les détails et suspendre la conclusion du contrat jusqu'à un stade ultérieur (en général la séance de signature), de même les

parties pourraient-elles conclure le contrat en laissant certains points ouverts.

Sous l'angle de la liberté contractuelle, le seul critère de la conclusion du contrat serait l'intention des parties (mise au premier plan par les Principes Unidroit et constituant l'un des deux critères selon les Principes du droit européen des contrats).

10. Sécurité du droit

La sécurité du droit appelle une règle légale claire sur les critères de conclusion du contrat. Sous cet angle, les diverses règles évoquées n'apparaissent pas complètement satisfaisantes, dans la mesure où elles font appel à des notions juridiques indéterminées (points essentiels, moyen raisonnable de déterminer une clause, possibilité d'exécution du contrat), susceptibles d'interprétation, donc de points de vue contradictoires.

Le critère de l'intention des parties me paraît plus clair. Il s'agit plus exactement de la manifestation de leur intention. Dans le souci d'améliorer la sécurité du droit, on peut d'ailleurs soumettre la conclusion du contrat à l'exigence que la volonté d'être lié soit exprimée clairement et sans ambiguïté (plus lacunaire serait l'accord des parties, plus claire devrait être leur intention pour que l'on admette que les parties sont liées).

11. Comportement des parties

Le comportement des parties peut être pris en compte pour déterminer leur intention d'être liées juridiquement (et surtout la manière dont chacune a, de bonne foi, compris la volonté manifestée par l'autre).

Le récipiendaire serait peut-être tenté de vouloir donner encore plus d'importance au comportement des parties qu'à leurs paroles et leurs écrits, considérant que des attentes sont plus légitimes si elles se fondent sur des actes que sur des mots. Une telle analyse peut être intéressante, voire équitable, mais susceptible de compromettre tant la sécurité du droit, dans la mesure où la portée du comportement s'apprécie souvent moins facilement que celle des documents, que la liberté contractuelle (si l'on admet philosophiquement qu'une partie sait ce qu'elle souhaite et sait l'exprimer par des mots mieux que par des actes).

Si le critère est celui des attentes légitimes, la clarté de la règle légale, qui assure la sécurité du droit, assure du même coup la protection des attentes légitimes des parties. Dans la mesure où les parties savent qu'elles doivent se fier d'abord à la parole et au document écrit, il n'y a pas d'attentes légitimes méritant protection qui puissent être fondées sur un com-

portement de l'autre partie qui serait contraire à la parole ou au document écrit.

12. En guise de conclusion

Si l'on souhaite faire prédominer la liberté contractuelle (sur la nécessité de l'application efficace du droit), on aboutit ainsi à ne retenir qu'un unique critère de conclusion du contrat : l'intention des parties d'être liées juridiquement.

Dans le souci d'améliorer la sécurité du droit, quelques présomptions légales (réfragables) de la volonté des parties de se lier juridiquement par un contrat seraient utiles :

- un accord des parties sur les points essentiels ;
- la signature d'un document contractuel (dans la pratique, les parties prennent d'ailleurs bien soin, lorsqu'elles préparent une lettre d'intention, de préciser qu'un tel document ne constitue pas un engagement juridiquement contraignant) ;
- l'exécution par une partie d'actions remplissant des obligations contractuelles.

Un tel système devrait permettre de répondre facilement à la question de savoir si le contrat a été conclu, en respectant pleinement une éventuelle déclaration des parties sur la portée juridiquement contraignante ou non de leurs manifestations de volonté.