

LA FORMATION DU CONTRAT DE VENTE DE MARCHANDISES EN DROIT BRÉSILIEN, EN DROIT FRANÇAIS ET DANS LA CONVENTION DE VIENNE DE 1980*

Iacyr de Aguiar Vieira**

*Contracter, ce n'est pas seulement vouloir,
c'est aussi employer un instrument forgé par le droit¹.*

Le contrat est, avant tout, un acte juridique, un acte volontaire apte à réaliser des effets de droit² et, ainsi défini, il est le *negotium*, qui se distingue de l'acte instrumentaire destiné à l'établir ou à le prouver³.

Comme un acte juridique, le contrat est une institution « sous contrôle »⁴. Le contrôle ici envisagé découle du seul fait que le principe que donne aux accords de volonté la force juridique suffisant à la création d'effets juridiques, dérive, lui-même, d'une norme juridique applicable aux contrats établie par les divers ordres juridiques.

En reprenant les mots de M. Jean-Michel Jacquet⁵ et en les transposant au contrat de vente, on peut dire que la vente, malgré la forte connotation économique qui la caractérise, est un acte juridique par excellence et son analyse doit prendre en compte la circonstance que, « *comme toutes les institutions juridiques* », elle est pourvue d'une 'structure juridique normative', qui n'est pas forcément analogue à « *la structure que lui confèrent spontanément ses auteurs* ».

Le contrat de vente est souvent conclu par un simple accord sur l'objet, le prix et les délais et modalités d'exécution de livraison de marchandises et du paiement du prix, les opérateurs du commerce ne donnant pas beaucoup d'importance aux aspects juridiques de l'opération économique qu'ils réalisent.

* Cet article reprend en partie les études développées dans le cadre de ma thèse de doctorat et constitue une composition spéciale dédiée à la Faculté de Droit de l'Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) à qui je remercie vivement pour les précieux enseignements lors de mon séjour comme étudiante du Programa de Pós-graduação (1994-1997), qui m'ont apporté les fondements nécessaires au développement de mon doctorat en France, ainsi que pour les rapports intellectuels et d'amitiés très fructueux qui sont nés de cette période.

** Bacharel em Direito par l'Universidade Federal do Espírito Santo (1972-1977), Mestre em Direito par la Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul - Porto Alegre -RS (1994-1997). Docteur en droit de l'Université Robert Schuman - Strasbourg-France (1999-2003). Professeur de droit civil (droit des obligations et des contrats) ainsi que de droit international privé à l'Universidade Federal de Viçosa-MG, Brasil. Stage post-doctoral auprès du Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, à Hambourg, Allemagne (Scholarship du Fonds der Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der wissenschaftlichen Zusammenarbeit mit dem Ausland pour la période de 1^{er} août au 31 octobre 2007) ; de l'Université de Lausanne et de l'Institut suisse de droit comparé (novembre 2007 au juin 2008). Scholarship de CAPES - Fundação Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior, Brasília, Brasil.

¹ François Terré, Philippe Simler et Yves Lequette, *Droit Civil, Les Obligations*, 9e éd., Paris : Dalloz, 2005, p. 34.

² Jacques Ghestin, La notion de contrat. In *Droits*, 12, 1990, p. 7 -24, spéc. p. 9.

³ Laurent Barnich, *Les actes juridiques en droit international privé : Essai de méthode*, Bruxelles : Bruylant, 2001, p. 13.

⁴ Jean-Michel Jacquet, *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, Paris : Economica, 1983, p. 79.

⁵ Jean-Michel Jacquet, *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, cit. p. 79.

Par contre, s'il s'agit des secteurs plus actifs de l'économie, surtout dans le cadre des opérations d'import-export, les opérateurs du commerce international forment généralement leurs contrats avec précision et clarté, en réglementant tous les aspects concernant la vente et en envisageant les cas pathologiques pouvant survenir au cours de l'opération économique⁶ ou en indiquant le droit qui sera appliqué à leur contrat en cas de litige⁷.

En effet, pendant la phase de négociation du contrat, les opérateurs du commerce international pensent, au premier chef, plutôt aux avantages et aux inconvénients qui peuvent être liés aux opérations économiques réalisées et élaborent leur contrat de façon à optimiser leurs objectifs – on peut caractériser cette structure organisée par les parties de *structure factuelle*. Les aspects concernant *l'existence, la validité et l'efficacité* de leurs accords constituent un *corpus normatif individualisé* qu'on peut nommer *structure juridique normative*. Cette structure normative peut être établie par avance, à travers le contrat comme un *acte instrumentaire* – dans les hypothèses prévues par la loi ou envisagées par les parties – ou parfois déterminée lors de l'apparition de problèmes d'ordre pratique, par le recours à une loi déterminée⁸.

La détermination de la loi applicable au contrat de vente internationale est toujours l'une des principales difficultés qui se posent aux parties contractantes. Liée à une pluralité d'ordres juridiques, la vente internationale peut être confrontée à plusieurs régimes juridiques différents⁹. Les incertitudes dues aux divergences des législations nationales qui ne visent que les intérêts nationaux, la complexité et l'incertitude de la méthode des conflits pour déterminer le droit applicable¹⁰, constituent autant d'obstacles à un bon fonctionnement des relations économiques internationales¹¹.

⁶ Comme le relèvent Natasha Seghers et Francis Walschot, Les contrats type en rapport avec la CVIM, In : *Revue de droit des affaires internationales*, N° 3-4, 2001, p. 415-463 : « afin de remédier au fait que, lors de la conclusion du contrat, les parties attachent trop peu d'importance aux clauses « purement juridiques » de leurs contrats alors qu'elles souhaitent mener à bien leur opération commerciale en toute sécurité, plusieurs institutions et organismes internationaux se sont imposés comme but d'établir des modèles de contrats de vente ou de conditions générales de vente ». Les auteurs citent, à ce propos, les conditions générales de vente élaborées par l'ORGALIME (Liaison Group of the European Mechanical, Electrical, Electronic and Metalworking Industries), la Commission économique pour l'Europe de l'ONU et la Chambre de Commerce Internationale (CCI). D'autres organismes professionnels édictent des conditions générales, tels que Grain and Feed Trade Association (GAFTA) et la Federation of Oil Seeds and Fats Associations (FOSFA).

⁷ On relève l'importance de l'autonomie de la volonté des parties pour le choix de la loi ou du droit applicable aux contrats internationaux, reconnue par la majorité des systèmes juridiques d'actualité. Sans rentrer ici dans les détails que cette discussion comporte, on regrette le fait qu'au Brésil la jurisprudence étatique n'a pas encore eu l'occasion de trancher la question de savoir si les parties peuvent choisir la loi ou le droit applicable à leurs rapports contractuels, hors des litiges soumis à l'arbitrage.

⁸ On remarque les considérations avancées à cet égard par Vincent Mercier, Le point de vue du vendeur : propos d'un praticien, dans *Droit et pratique du commerce international*, 1989, Tome 15, n° 4, p. 564-572 et par B. Thomas, Le point de vue de l'acheteur : propos d'un praticien, dans *Droit et pratique du commerce international*, 1989, Tome 15, n° 4, p. 573-580.

⁹ Ernest Rabel, *Projet de loi uniforme concernant la vente internationale de marchandises*, Roma : Unidroit, 1947, p. 4-16, spéc. p. 4. Ole Lando, *L'avenir du droit des contrats*, Recueil Dalloz, 2008, n° 13, p. 904.

¹⁰ Ernest Rabel, *Projet de loi uniforme concernant la vente internationale de marchandises*, cit., p. 4.

¹¹ Voir à ce sujet, Enzo Roppo, *Il Contratto*, Bologna : Il Mulino, 1977. Voir également Jacques Ghestin, Le contrat en tant qu'échange économique, *Revue d'économie industrielle*, n° 92, 2e et 3e trim. 2000, n° 8, p. 85, et Jacques Ghestin, La notion de contrat au regard de la diversité de ses éléments variables, dans *Rapport de synthèse aux Journées Nationales H. Capitant*, Nantes, Paris : LGDJ, 2001. Ole Lando, *L'avenir du droit des contrats*, cit., p. 904.

Le Brésil n'a pas encore adhéré à la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, adopté à Vienne le 11 avril 1980, lors de la 97^e Conférence diplomatique des Nations Unies¹², généralement connue sous l'appellation Convention de Vienne de 1980¹³.

La France, comme d'autres partenaires commerciaux importants du Brésil, tels l'Allemagne, la Chine et les Etats-Unies, est partie à cette Convention internationale¹⁴ qui est passible de s'appliquer au Brésil par le jeu des règles de conflit de lois. En effet, l'article 1.1. b) de la Convention de Vienne prévoit cette possibilité et les règles de l'article 9^o de la Loi d'Introduction au Code Civil brésilien (LICC)¹⁵ la corroborent¹⁶.

De ce fait, il est intéressant d'analyser les règles concernant la formation du contrat dans les droits brésilien et français et dans la Convention de Vienne, surtout lorsqu'on sait que les rapports commerciaux entre la France et le Brésil s'accroissent de plus en plus et que le Brésil n'a pas encore adhéré à cet instrument juridique important du commerce international qui couvre, à l'heure actuelle, 66% environ des opérations internationales de vente de marchandises¹⁷.

Dans leurs rapports commerciaux avec la France, les partenaires brésiliens vont se trouver confrontés à la possibilité d'application de la Convention de Vienne, qui fait partie du droit français et comme tel sera applicable lorsque les règles de droit international privé brésilien s'en remettent à l'application du droit français, surtout au moment de la formation du contrat. Cette possibilité est ouverte par le chapeau de l'article 9^o de la LICC qui, en adoptant la règle *locus regit actum*, prévoit l'application de la loi du lieu où les obligations ont été constituées, comme étant la *lex loci contractus*.

La liberté des parties est privilégiée dans la Convention de Vienne qui, par son article 6, ouvre aux parties la possibilité d'écarter son application, en totalité ou en partie, ou de modifier les effets de la plupart de ses dispositions. Dans cette hypothèse, le droit brésilien ou le droit français interne trouvent application si le contrat est constitué dans l'un ou dans l'autre pays, soit par le choix des parties, soit par le jeu des règles de conflit de lois.

Le droit brésilien, ainsi que le droit français et la Convention de Vienne, ont adopté la conception civiliste de formation du contrat reposant sur le modèle classique de la rencontre de l'offre et de l'acceptation.

¹² Compte rendus analytiques – Séances plénières, p. 245 (A/CONF.97/SR.1). Les Travaux préparatoires, ainsi que les Actes de la Conférence diplomatique sont publiés par l'ONU : United Nations, General Assembly, United Nations Conference on Contracts for the International Sale of Goods, Vienna, 10 March 1980, *Text of Draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods approved by the United Nations Commission on International Trade Law together with a commentary prepared by the Secretariat*, Vienna, 1980, p. 7. (A/CONF.97/5 14 March 1979).

¹³ On utilise cette expression abrégée et également les sigles CVIM ou CISG pour désigner cette importante Convention.

¹⁴ A l'heure actuelle, 70 Pays, appartenant à différents systèmes juridiques économiques et géographiques sont des Etats contractants de la Convention de Vienne. Pour l'état des ratifications et d'adhésions, voir le site Internet de la CNUDCI ou UNCITRAL.

¹⁵ Décret-Loi n^o 4.657, du 4 septembre 1942, encore en vigueur.

¹⁶ Pour une analyse de l'applicabilité de la Convention de Vienne au Brésil, voir, pour tous, Iacry de Aguiar Vieira, *La Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises et son applicabilité au Brésil*. Tese de Doutorado, Strasbourg : Université Robert Schuman, 2003. Voir également Lauro Gama e Souza Jr., *A Convenção de Viena sobre compra e venda internacional de mercadorias – 1980: essa grande desconhecida*, In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, 9 (2006), p. 134-149.

¹⁷ Franco Ferrari, *Contrat de vente internationale – Applicabilité et applications de la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*, 2^e éd. Bâle : Helbing & Lichtenhahn, Bruxelles : Bruylant, Paris : Forum Européen de la Communication, 2005, Préface

Cette conception de formation du contrat s'applique aux contrats en général. Le Code civil brésilien, Loi n° 10.406, du 10 janvier 2002, a unifié le droit des obligations et désormais atténué d'une certaine manière la distinction entre les contrats civils et les contrats commerciaux, surtout avec la dérogation de la première partie du Code de commerce de 1850¹⁸.

La Convention de Vienne, elle aussi, ne trace pas de distinction entre la nature civile ou commerciale des contrats soumis à ces normes¹⁹.

Par contre, le droit français établit une distinction nette entre les contrats civils et commerciaux et préconise dans l'article 1107 que « *Les contrats, soit qu'ils aient une dénomination propre, soit qu'ils n'en aient pas, sont soumis à des règles générales, qui sont l'objet du présent titre* ». Selon la partie finale de l'article, « *Les règles particulières à certains contrats sont établies sous les titres relatifs à chacun d'eux ; et les règles particulières aux transactions commerciales sont établies par les lois relatives au commerce* ». De ce fait, le droit des obligations établi par le Code civil français, s'applique aux contrats civils et commerciaux.

En ce qui concerne la nature des contrats soumis aux règles de la Convention de Vienne, on voit par la jurisprudence née de son application que la plupart des opérations de vente internationale ont trait au commerce, donc, elles sont représentées par des contrats commerciaux. Les rapports contractuels civils constituent une minorité dans l'application de la Convention de Vienne, surtout lorsqu'on constate que la plupart des opérations entre les civils constituent des opérations concernant une partie faible ou s'agissant des ventes d'objets à un usage personnel, qui ne sont pas couvertes par la Convention de Vienne²⁰ et qui normalement font l'objet d'une réglementation spéciale, notamment d'ordre public²¹.

La liberté octroyée aux parties contractantes dans le cadre de formation de leurs rapports contractuels, surtout lorsque les opérations économiques sont conclues sans un *instrumentum*, peut donner lieu à la question de savoir à quel moment les contrats sont conclus et même s'ils ont été conclus.

Les négociations contractuelles qui se développent entre présents peuvent aboutir à la conclusion instantanée du contrat par les échanges successifs et immédiats de l'offre et de l'acceptation et ne soulèvent pas de difficultés.

En ce qui concerne les contrats formés *ex intervallo temporis*²², les négociations peuvent se développer dans l'espace et dans le temps. Cependant, la durée des négociations et l'échange fréquent de documents peuvent développer une situation de conflit sur la détermination du moment de la conclusion et sur l'existence du contrat. Les différents moyens utilisés par les parties dans les négociations commerciales, donnent lieu à des interprétations qui ne sont pas souvent uniformes.

¹⁸ La littérature brésilienne à propos de l'unification du droit des obligations par le nouveau Code est abondante. On remet toutefois à la lecture de Arnold Wald et Camille Jauffret-Spinozi (directeurs), *Le droit brésilien hier, aujourd'hui et demain*, Paris : Société de Législation Comparée, 2005 et également, Iacyr de Aguiar Vieira et Gustavo V. da Costa Cerqueira, L'influence du Code de commerce français au Brésil: Quelques remarques sur la commémoration du bicentenaire du Code français de 1807, In : *RIDC*, n° 1, janvier-mars 2007, p. 27-78.

¹⁹ Art 1, 3. CVIM.

²⁰ Art. 2 alinéa a CVIM.

²¹ Loi n° 8.078, du 11 septembre 1990 (CDC) au Brésil et le Code de la consommation en France.

²² Manistela BASSO, *Contratos Internacionais do Comércio*, Negociação, Conclusão, Prática, Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, 1994, p. 24 et 96.

Pour ces raisons, il est intéressant d'introduire une distinction entre les expressions "formation" et "conclusion" du contrat qui correspondent à deux étapes différentes d'une même opération²³. La formation du contrat correspond à la phase de négociations en vue d'aboutir à la conclusion d'un contrat.

Cette distinction est importante car, une fois le contrat conclu, les effets qui se produiront seront de nature contractuelle et les hypothèses d'inexécution ou de mauvaise exécution sont déjà envisagées par la loi ou le contrat. Mais, si les parties n'arrivent pas à conclure le contrat, les conséquences d'une rupture peuvent entraîner la responsabilité des parties qui peut être, selon les différents droits nationaux, de nature précontractuelle (*culpa in contrahendo*) ou de nature délictuelle²⁴. Dans ce dernier cas, le régime de réparation des dommages est également déterminé par les règles du système juridique national applicable à la résolution du litige²⁵.

L'appréciation de la validité du contrat ou de ses clauses constitue l'une des matières exclues de la Convention de Vienne²⁶. Mais la question de savoir si le contrat a été conclu est importante en ce qui concerne la détermination de l'existence du contrat et la détermination du moment où le contrat est apte à produire des effets.

La phase de formation du contrat est constituée par l'ensemble des actes pratiqués par les parties intéressées à l'obtention d'un échange de consentements. Dans ce contexte, la règle de la bonne foi joue un rôle considérable.

Au Brésil, la règle de la bonne foi en matière contractuelle a été consacrée expressément par le nouveau Code civil²⁷ et ce, par une disposition selon laquelle les parties sont tenues de se comporter de bonne foi tout au long de la relation contractuelle²⁸.

²³ Francesco Messineo, *Il contratto in genere*, Milano, Giuffrè, 1973, p. 292.

²⁴ Voir Marcel Fontaine, Les lettres d'intention dans la négociation des contrats internationaux, In : *Droit et pratique du commerce international*, vol. 3, 1977, p. 73 ; Voir également, Bertrand De Coninck, Le droit commun de la rupture des négociations précontractuelles, In : *Le processus de formation du contrat : contributions comparatives et interdisciplinaires du droit européen* (sous la direction de Marcel FONTAINE), Bruxelles : Bruylant, Paris : LGDJ, 2002, p. 17-137, ainsi que Johanna Schmidt, Les lettres d'intention, In : *Revue de droit des affaires internationales*, N° 3 / 4, 2002, p. 257-270 et Christian Larroumet, *Droit civil, Les Obligations, Le Contrat*, 2^e partie, Effets. tome III, 6^e éd., Paris : Economica, 2007.

²⁵ Dans ce sens, voir, Vincent Heuzé, La formation du contrat selon la CVIM : quelques difficultés, In : *Revue de droit des affaires internationales*, n° 3 / 4, 2001, p. 277 – 291. En droit brésilien voir : Caio Mario da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, Vol. III, 10^e ed., Rio de Janeiro - Editora Forense, 1996, n° 188, p.19. Voir également, Judith Martins -Costa, *As cartas de intenção no processo formativo da contratação internacional : os graus de eficácia dos contratos e a responsabilidade pré-negocial*, In : *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, vol. 10, julho 1994, Porto Alegre, p. 39-55, et Patricia Bezerra de M. Galindo Da Fonseca, *Formação do contrato de compra e venda internacional de mercadorias*, In : *Revista de Direito Mercantil*, vol. 114, abril-junho 1999, p. 146-160.

²⁶ Art. 4, (a) CVIM.

²⁷ La littérature brésilienne sur le principe de la bonne foi est déjà significative. On relève les études développées avant l'entrée en vigueur du Code civil de 2002, par le Professeur Clóvis V. do Couto E Silva, O princípio da boa-fé no Direito brasileiro e português, In : *Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português*, São Paulo, 1986, et par Judith Martins-Costa, *A Boa-fé no Direito Privado*, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1999. V. Judith Martins-Costa, O Novo Código Civil Brasileiro : em busca da " Ética da Situação ", In : *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 20, Outubro/2001, p. 211- 260, spéc., p. 249-240. Iacyr de Aguiar Vieira, Deveres de Proteção e Contrato, *Revista dos Tribunais*, n° 761, São Paulo, Março de 1999, p. 68-93. Voir également, pour une lecture sur le principe après l'entrée en vigueur du Code civil de 2002, Judith Martins-Costa, O novo Código civil brasileiro: em busca da ética da situação, In: Judith Martins-Costa et Gerson Luiz Carlos Branco, *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*, São Paulo: Saravia, 2002, p. 87-168. Voir également : Judith Martins-Costa, A boa-fé como modelo (uma aplicação da Teoria dos Modelos de Miguel Reale), In : Judith Martins-Costa et Gerson Luiz Carlos Branco, *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*, cit., p. 187-226.

²⁸ Art. 422 du Code civil brésilien.

Selon la doctrine, l'obligation de se conduire de bonne foi est imposée aux parties contractantes à partir du moment où commencent les *pourparlers*. La conception objective du '*rapport d'obligation*' impose aux parties un comportement *standardisé* et l'accomplissement de certains devoirs, dont le devoir de loyauté lors des négociations préliminaires²⁹.

Dans le cadre de cette exposition, nous prenons le parti d'analyser des aspects de la liberté contractuelle en ce qui concerne la formation du contrat qui sont privilégiés par le droit de la vente civile et commerciale, dans les systèmes analysés (I), ainsi que le régime juridique auquel peuvent être soumis les contractants au moment de la formation du contrat (II).

I - La liberté contractuelle lors de la conclusion du contrat de vente

La liberté contractuelle en droit brésilien, comme en droit français, trouve son origine dans le principe de l'autonomie de la volonté. L'importance d'une analyse approfondie des aspects philosophiques du principe d'autonomie de la volonté est reconnue et démontrée par les nombreuses études qui lui sont dédiées³⁰. Toutefois, dans cette étude, notre attention se portera sur le principe d'autonomie en tant que principe du droit des contrats, déterminant pour la formation du contrat.

Les expressions *autonomie de la volonté* et *autonomia privada*, sont utilisées respectivement par le droit français et par le droit brésilien, pour dénommer le pouvoir conféré par la loi aux particuliers de se doter de règles en vue de réglementer leurs relations juridiques.

En France, on utilise l'expression *autonomie de la volonté* ou *loi d'autonomie*. Comme l'a souligné Emmanuel Gounot, « *C'est cette efficacité juridique propre du vouloir individuel que l'on désigne sous le nom d'autonomie de la volonté. Cette expression qui, depuis vingt ans, pénètre de plus en plus dans la littérature juridique française, n'est peut-être pas à l'abri de toute critique. Nous en servirons cependant, car elle exprime, en somme, mieux que toute autre, ce qu'il s'agit d'exprimer, à savoir le rôle de la volonté comme organe créateur du droit* »³¹.

Au Brésil, on utilise l'expression *autonomia da vontade* pour désigner le pouvoir conféré par la loi aux particuliers de stipuler le contenu, la forme et les effets de leurs contrats. L'expression *autonomia negocial* est également utilisée pour définir le "*négoce juridique*" comme étant un acte et un instrument de *l'autonomie privé*, entendu comme un pouvoir d'auto-

²⁹ Judith Martins - Costa, As cartas de intenção no processo formativo da contratação internacional : os graus de eficácia dos contratos e a responsabilidade pré-negocial, cit. p. 39 et s.

³⁰ Pour les aspects philosophiques du principe, un grand nombre d'études sont déjà classiques : Emmanuel Kant, *L'éléments métaphysiques de la doctrine du droit* (1796), trad. Bami, 1853 ; Raymond Saleilles, *De la déclaration de volonté*, Paris : Pichon, 1901 ; Emmanuel Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé : Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique* [Thèse, Dijon], Paris : A. Rousseau, Editeur, 1912 ; Michel Villey, Essor et décadence du volontarisme juridique, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris : Dalloz, 1962, p. 271 et s. ; Alfred Rieg, Le rôle de la volonté dans la formation de l'acte juridique d'après les doctrines allemandes du XIX^e siècle, *Archives de philosophie du droit*, 1957, p. 125 et s. ; P. Hebraud, Rôle respectif de la volonté et des éléments dans les actes juridiques, *Mélanges Mawry*, t. II, p. 419 et s. ; P. Roubier, Le rôle de la volonté dans la création des droits et des devoirs, *Archives de Philosophie du Droit*, Tome 4, Sirey, Paris, 1957 ; Francisco dos S. Amaral Neto, A autonomia privada, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor A. Ferrer-Correa*, II, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Número Especial, Coimbra, 1989 ; Francesco Calasso, Autonomia (Premessa Storica), *Enciclopedia del Diritto*, vol. IV, Giuffrè Editore, Milano, 1959, p. 349 ; Salvatori Pugliatti, Autonomia Privata, *Enciclopedia del Diritto*, vol. IV, Milano, 1959, p. 366 - 369. Voir aussi, l'ouvrage dédié au Prof. Alfred Rieg, *Le rôle de la volonté dans les actes juridiques*. Etudes à la mémoire du professeur Alfred Rieg (Avant propos de J.-M. Bischoff), Bruxelles : Bruylant, 2000, qui atteste l'actualité du sujet.

³¹ Emmanuel Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, cit. p. 3.

réglementation des rapports privés, pouvoir de créer des normes juridiques, pouvoir conféré par le droit aux parties contractantes d'établir les normes de leurs contrats³².

Cette liberté est conférée également aux particuliers, par la plupart des systèmes juridiques, pour le choix du régime de biens lors de la célébration du contrat de mariage et dans le domaine du droit des successions, lors de l'établissement des testaments. E. Gounot observe que « *entendu au sens strict, le principe d'autonomie de la volonté n'embrasse pas, dans son champ d'application, toutes les libertés de l'individu protégées par le droit, mais seulement celles qui, comme la liberté testamentaire et la liberté des conventions, se manifestent par la production directe d'effets juridiques positifs* »³³.

En matière contractuelle, l'autonomie de la volonté se manifeste au travers de son principal corollaire, la liberté contractuelle, qui comporte une double dimension : celle du fond et celle de la forme³⁴.

En ce qui concerne le fond, la liberté contractuelle se traduit à la fois par les grandes libertés octroyées aux contractants, celle de conclure ou non des contrats et ce, avec la personne de son choix, et celle de déterminer le contenu de leur contrat³⁵. On ajoute encore la possibilité de créer de nouveaux types contractuels comme cela se vérifie aisément dans la pratique des affaires.

M. Philippe Malaurie jette un regard approfondi sur le principe de la liberté contractuelle pour conclure qu'au-delà de la notion de principe, la liberté contractuelle est la vie même du contrat ; selon l'auteur, la liberté contractuelle est la « *réalité vivante des contrats* », clairement manifestée par la création et la circulation de nouveaux types contractuels, selon les mutations économiques et sociales et l'état de la technique³⁶.

Bien que la définition du contrat soit dans le sens de la consécration du principe d'autonomie - le contrat est présenté traditionnellement dans la plupart des systèmes juridiques comme une « manifestation de volonté destinée à produire des effets de droit » - , les limites à l'utilisation de ce principe l'accompagnent toujours de très près.

En droit interne, les contrats et les obligations qu'ils engendrent, sont soumis par l'ensemble des systèmes contemporains, sous des modalités diverses, au principe de la liberté contractuelle, dans les limites imposées par la loi, l'ordre public et les bonnes mœurs.

Conformément à l'article 1134 du Code civil français : « *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* ».

Ainsi, le consentement doit être libre et éclairé – s'il s'entache d'un vice – erreur, dol, violence il est noyé par la nullité (Code civil, art. 1109 s.). La rencontre des volontés libres et éclairées devait en principe conduire à des résultats justes. La lésion n'est pas, en effet, en elle-même, sauf hypothèses particulières – cause de nullité (art. 1118)³⁷.

³² Francisco dos S. Amaral Neto, A autonomia privada, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor A. Ferrer-Correia*, cit., p. 213. Francisco dos S. Amaral Neto, A Liberdade de Iniciativa Económica. Fundamento, natureza e garantia constitucional, *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 23 n° 92 out/dez. 1986, p. 212-213.

³³ Voir Emmanuel Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, Thèse, cit. p. 5.

³⁴ François Terré, Philippe Simler et Yves Lequette, *Droit Civil, Les Obligations*, cit., p. 31.

³⁵ Comme l'a fait observé Jacques Ghestin, *La Formation du contrat*, *Traité de droit civil* (sous la direction de Jacques Ghestin), 3^e éd., Paris : LGDJ, 1993, p. 35, la thèse de E. Gounot "a mis en lumière les trois grands principes destinés à régir le droit du contrat et dérivés du concept d'autonomie de la volonté : la liberté contractuelle, la force obligatoire du contrat et son effet relatif".

³⁶ Philippe Malaune, *Le droit civil français des contrats à la fin du XX^e siècle*, *Mélanges Michel Cabrillac*, Paris : Dalloz/Latex, 1999, p.187-203.

³⁷ François Terré, Philippe Simler et Yves Lequette, *Droit Civil, Les Obligations*, cit. p. 34.

Au consentement d'une partie qui s'oblige, les rédacteurs du Code civil ont ajouté d'autres exigences : sa capacité de contracter ; un objet certain qui forme la matière de l'engagement et une cause licite dans l'obligation³⁸. L'objet et la cause, « *donnent au contrat son ossature et aux agents de l'ordre juridique le moyen de vérifier que les intérêts particuliers y sont équitablement conciliés et l'intérêt général sauvegardé* »³⁹. En effet, selon l'article 1131 du Code civil : « *L'obligation sans cause ou sur une fausse cause ou sur une cause illicite ne peut avoir aucun effet* ».

Comme le remarquent les auteurs⁴⁰, cette disposition porte une double réalité :

« 1 – en affirmant que la cause doit exister, les rédacteurs du Code civil entendent marquer que toute obligation doit avoir une raison – ce qui constitue un moyen de faire régner un minimum d'équité entre les parties ». Les auteurs ont, par ailleurs, recours à la citation de Portalis dans le Discours Préliminaire : « *il n'y a de cause dans la vente que lorsque le prix est en proportion avec la valeur de la chose vendue* ».

« 2 – en affirmant que la cause doit être licite, les rédacteurs du Code civil marquent nettement que la volonté contractuelle ne saurait méconnaître l'utilité et la moralité publiques. La rencontre des volontés n'est donc pas efficace en tant que telle et à elle seule. Le contenu du contrat est tout aussi essentiel à la validité du contrat »⁴¹.

En analysant le Code civil des Français, on remarque qu'il comporte une structure qui permet un ajustement aux différentes modifications apportées au droit par les mouvements économiques, politiques et sociaux depuis son élaboration. Bien qu'il ne comporte pas la technique des clauses générales, telle qu'adoptée par les législateurs du Code civil brésilien de 2002, les législateurs Code civil français « *ont donné au contrat une ossature que permet aux agents de l'ordre juridique de vérifier que celui-ci respecte les intérêts des parties comme ceux des tiers et de la collectivité* »⁴².

Les applications récentes de l'article 1101 du Code civil français – « *le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose* » – démontrent les limites à la liberté contractuelle surtout en ce qui concerne le respect des droits de l'homme. Conformément aux notes sur l'article 1101, contenues dans le Code civil français, « *aucune norme de valeur constitutionnelle ne garantit le principe de la liberté contractuelle* »⁴³. « *Cependant, le législateur ne saurait porter à l'économie des conventions et contrats légalement conclus une atteinte d'une gravité telle qu'elle méconnaisse manifestement la liberté découlant de l'art. 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789* »⁴⁴.

En droit français, l'ordre public impose également des limites à la liberté contractuelle, dans la mesure où des règles de concurrence, de droit commun ou de droit de la consommation sont affectées. Les articles L.420-2 et L.442-6B du Code de commerce français « *proscrivent tout usage de la force d'achat d'une entreprise pour imposer à des fournisseurs ou des prestataires des conditions*

³⁸ Code civil, art. 1108.

³⁹ François Terré, Philippe Simler et Yves Lequette, *Droit Civil, Les Obligations*, cit. p.34

⁴⁰ François Terré, Philippe Simler et Yves Lequette, *Droit Civil, Les Obligations*, cit. p. 34-35.

⁴¹ François Terré, Philippe Simler et Yves Lequette, *Droit Civil, Les Obligations*, cit. p. 35.

⁴² François Terré, Philippe Simler et Yves Lequette, *Droit Civil, Les Obligations*, cit. p. 38.

⁴³ Conseil constitutionnel, 3 août 1994 ; JCP 1995. II. 22404, note Broussolle ; D 1995. Somm. 351, obs. Gaïa ; RTD civ. 1996, 151, obs. Mestre. 20 mars 1997 ; JO 26 mars ; D. 1999, Somm. 234, obs. Favoureu ; JCP 1997.I. 4039, n° 1 s., obs. Fabre-Magnan ; ibid. 4066, n° 16, obs. Mathieu et Verpeaux.

⁴⁴ Conseil constitutionnel, 10 juin 1998 ; JO 14 juin ; RTD civ. 1998, 796, obs. Molfessis ; ibid. 1999, 78, obs. Mestre ; JCP 1998. I. 179, n° 14, obs. Mathieu et Verpeaux. Voir aussi, Conseil constitutionnel, 13 janv. n° 99-423 DC ; JO 20 janv. ; JCP 2000. I. 261. n° 17, obs. Mathieu et Verpeaux. 13 janv. 2003, n° 2002-465 DC ; JO 18 janv. ; D. 2003. Chron. 638, par Mathieu ; RDC 2003, 9, obs. Revet.

commerciales injustifiées, pouvant aboutir à la qualification d'abus de position dominante sanctionnée en droit interne et communautaire »⁴⁵.

Le Code civil brésilien de 2002, à son tour, présente une nouvelle règle, celle concernant la fonction sociale du contrat, absente du Code civil de 1916. Selon l'article 421, « *A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato* ». On ajoute encore les directives adoptées par le Code civil de 2002 : la sociabilité, l'opérationnalité et l'étiçité⁴⁶ et d'autres nouveaux principes contractuels : la bonne foi objective et l'équilibre économique du contrat, également absents du Code civil de 1916, mais connus de la doctrine ainsi que de la jurisprudence, surtout par l'application du Code de protection au consommateur.

On voit, dans ces dispositions législatives, l'expression de la liberté des conventions et des exemples de contrôle de cette liberté par le juge ; dans la loi brésilienne la nouvelle contrainte imposée à la liberté contractuelle : la *fonction sociale du contrat*, qui, comme un concept indéterminé, ouvre une large marge d'appréciation par le juge et qui prendra des contours divers selon les différents cas soumis à l'appréciation judiciaire et la loi française. La Convention européenne de droits de l'homme, ainsi que la précédente Déclarations des droits de l'homme et du citoyen de 1789, sont des bornes utilisées à l'heure actuelle pour éviter des abus en matière contractuelle.

Dans cette étude, nous prenons le parti d'analyser la forme des actes dans la formation du contrat de vente (A) ainsi que les différentes modalités mises à la disposition des opérateurs du droit en ce qui concerne l'interprétation des actes pouvant donner naissance au contrat de vente (B).

§ 1 – 'La forme des actes' dans la formation du contrat de vente

En ce qui concerne la forme, la liberté est la règle générale. La liberté contractuelle postule le contractualisme, c'est-à-dire, « *l'échange des consentements suffit à la conclusion du contrat. Peu importe la forme dans laquelle il est constaté. La volonté ne serait plus souveraine si son efficacité était subordonnée au respect d'un certain formalisme* »⁴⁷.

La liberté contractuelle est privilégiée par le droit brésilien et par le droit français en ce qui concerne la forme des contrats, surtout en matière civile et commerciale.

En droit brésilien, les manifestations de volonté n'obéissent pas à une règle spéciale de forme⁴⁸. Le principe de la liberté de la forme est adopté en ce qui concerne la vente de biens mobiliers, dont le contrat est un acte qui fait naître pour le vendeur l'obligation de transférer la propriété par la tradition. L'écrit est exigé à des fins de preuve à partir d'une valeur équivalente à dix fois la valeur du plus haut salaire minimum en vigueur dans le pays⁴⁹ et dans les ventes de biens immobiliers, dont le transfert de la propriété est opéré par la transcription du titre d'acquisition dans le cadastre immobilier du lieu où le bien est situé⁵⁰.

⁴⁵ Patrick Blanchard, Offre et acceptation dans la négociation du contrat international. Réflexions comparatistes, In : *Revue du droit des affaires internationales*, N° 1, 2008, p. 13.

⁴⁶ Pour une lecture succincte et très précise à cet égard, en langue française, voir Arnaldo Wald, Le droit civil brésilien, In: *Recueil Dalloz* 2007 - n° 17, p. 1192.

⁴⁷ François Terré, Philippe Simler et Yves Lequette, *Droit Civil, Les Obligations*, cit. p. 32.

⁴⁸ Art. 107 du Code civil brésilien.

⁴⁹ Art. 227 du Code civil brésilien.

⁵⁰ Pour une lecture en langue portugaise sur les modes et formes de transférer la propriété dans les différents systèmes juridiques, voir, Iacyr de Aguiar Vieira, A compra e venda e a transferência da propriedade: modelos causais e abstratos, In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 761, 1999, p. 68-93.

En droit français, le contrat de vente n'est soumis à aucune règle ou condition de forme⁵¹. L'écrit exigé à des fins de preuve à partir de 1500 euros ne s'applique pas en matière commerciale⁵².

En ce qui concerne la Convention de Vienne, le principe de la liberté contractuelle est établi par l'article 6 et le principe de la liberté de forme, expressément posé par l'article 11 CVIM - sauf dans les hypothèses où les Etats contractants ont émis la réserve permise par l'article 96 CVIM.

Dans la Convention de Vienne, les dispositions contenues dans le Chapitre II de la Convention qui présentent des dispositions générales, donnent des traces suffisamment claires pour la compréhension de ce fait : le caractère international du contrat, les indications et les comportements des parties, les usages du commerce international et la liberté de forme sont des indications précises de la liberté contractuelle (articles 11 à 13 de la CVIM).

Selon l'article 11, la vente n'est soumise à aucune condition de forme et la conclusion du contrat, donc, n'exige pas un écrit, pouvant être prouvé par tous les moyens, y compris par témoins. La Convention permet de déroger à l'absence de formalisme (art. 12 CVIM), « ... dès lors qu'une des parties a son établissement dans un Etat contractant qui a fait une déclaration conformément à l'article 96 CVIM »⁵³.

Selon l'article 13 CVIM, sont considérées comme « écrites » les communications adressées par télégramme ou fax. On peut comprendre par là les communications par voie électronique. L'importance d'une analyse des rapports entre la Convention de Vienne et le commerce électronique est évidente et le CISG-AC, abréviation du Advisory Council of the United Nations Conventions on Contracts for the International Sale of Goods⁵⁴, a été consulté sur les problèmes concernant les communications électroniques dans le cadre d'application de la Convention et une *opinion* a été rendue le 15 août 2003⁵⁵.

Comme le fait observer un auteur, « La CVIM présente l'avantage de la simplicité : aucune forme n'est requise, tous les moyens de communication modernes peuvent être utilisés quel que soit le montant du contrat. La nullité du contrat ne sera jamais encourue en cas d'absence d'écrit »⁵⁶.

⁵¹ Code civil, art. 1583. Pour une lecture à propos du droit français de la vente, en langue portugaise, voir : Iacyr de Aguiar Vieira, *A compra e venda no direito francês*, Monographie présentée dans le cadre de la disciplina Direito Comparado, Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, 1994.

⁵² Code civil, art. 1341 et Code de commerce, art. L 110-3, cités par Anja Huber et Laurence Nicolas-Vullierme, *L'accord de volontés dans le contrat de vente internationale : CVIM, Codes civils français et allemand et Code de commerce des Etats-Unis*, In : *Revue de droit des affaires internationales*, n° 6, 2005, p. 817-825, sp. p. 817.

⁵³ Article 96 CVIM : « *Tout Etat contractant dont la législation exige que les contrats de vente soient conclus ou constatés par écrit peut à tout moment déclarer, conformément à l'article 12, que toute disposition de l'article 11, de l'article 29 ou de la deuxième partie de la présente Convention autorisant une forme autre que la forme écrite pour la conclusion, la modification ou la résiliation amiable d'un contrat de vente, ou pour toute offre, acceptation ou autre manifestation d'intention, ne s'applique pas dès lors que l'une des parties a son établissement dans cet Etat* ».

⁵⁴ Il s'agit d'une initiative privée qui s'est fixé comme objectif répondre aux questions émergentes et les controverses concernant l'interprétation de la Convention de Vienne. Ce groupe est composé par de experts en la matière.

⁵⁵ CISG-AC, Opinion no I, Electronic Communications under CISG, In: *IHR- International Handelsrecht*, 5/2003, Dokumentation, September 2003, p. 243-252.

⁵⁶ Anja Huber et Laurence Nicolas-Vullierme, *L'accord de volontés dans le contrat de vente internationale : CVIM, Codes civils français et allemand et Code de commerce des Etats-Unis*, cit., p. 817.

On remarque que la nullité ou la validité des clauses du contrat et du contrat lui-même, ainsi que le transfert de propriété, ne sont pas réglementés par la Convention de Vienne, comme le prévoit son article 4, alinéa *a*.

Le législateur brésilien de 2002 n'a pas consacré de réglementation aux contrats conclus par voie électronique. Au Brésil, deux projets de loi sur le droit du commerce électronique sont en cours d'analyse auprès du Sénat fédéral, portant notamment sur la signature électronique et la prestation de services de certification électronique⁵⁷ et un projet de loi sur le commerce électronique basé sur la Loi type de la CNUDCI⁵⁸. Une " Medida Provisoria " (MP n° 2. 200-2, de 24 août 2001, et ses rééditions) sur la validité juridique du document électronique et de signature électronique sur le certificat digitale et normes sur le commerce électronique, est toujours en vigueur.

En France, la conclusion du contrat par la voie électronique est réglée par le Code civil qui a introduit un Chapitre VII – Des contrats sous forme électronique, introduit dans le Titre III du Livre III du Code Civil français, par l'Ordonnance n° 2005-674 du 16 juin 2005 - art. 1 I, III JORF 17 juin 2005. Ce chapitre, composé de quatre sections contenant l'article 1369-1 à l'article 1369-11, réglemente la conclusion du contrat par la voie électronique, présentant également des éléments concernant la forme des actes.

Selon l'article 1369-10 du Code civil français, « *Lorsque l'écrit sur papier est soumis à des conditions particulières de lisibilité ou de présentation, l'écrit sous forme électronique doit répondre à des exigences équivalentes* ». Il présente une autre règle de forme, selon laquelle, « *L'exigence d'un formulaire détachable est satisfaite par un procédé électronique qui permet d'accéder au formulaire et de le renvoyer par la même voie* ».

§ 2 – L'interprétation des actes pouvant donner lieu à la formation du contrat

En droit français, les articles 1156 à 1164 établissent des règles sur l'interprétation des conventions. On remarque celle préconisée par l'article 1156 : « *On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes* ». De cet effet, on conclut que l'intention de celui qui adresse son offre paraît plus importante que la perception de cette offre par son destinataire⁵⁹. Les autres règles d'interprétation que nous considérons très importantes en droit français et qui peuvent être appliquées en matière de formation et conclusion du contrat sont celles prévues à l'article 1158 : « *Les termes susceptibles de deux sens doivent être pris dans le sens qui convient le plus à la matière du contrat* » et à l'article 1159 : « *Ce qui est ambigu s'interprète par ce qui est d'usage dans le pays où le contrat est passé* ».

En ce qui concerne l'utilisation du principe de la bonne foi en droit français des contrats, on remarque les observations présentées par la doctrine⁶⁰ : une application du principe sous une forme négative en bannit son contraire, la mauvaise foi. Cette méthode « *visé ainsi le contractant qui viole ses engagements formellement exprimés, mais aussi celui qui fait naître*

⁵⁷ Projeto de Lei n° 7.316/2002, Exposição de Motivos n° 53.

⁵⁸ Projeto de Lei n° 4.906, de 26 de setembro de 2001.

⁵⁹ Anja Huber et Laurence Nicolas-Vullierme, L'accord de volonté dans le contrat de vente internationale : CVIM, Codes civils français et allemand et Code de commerce des Etats-Unis, cit., p. 817.

⁶⁰ François Terré, Philippe Simler et Yves Lequette, *Droit Civil, Les Obligations*, cit. p. 46 et s. p. 47.

chez son partenaire une attente dont il sait qu'elle ne trouvera pas de réponse – on se rapproche ainsi positivement de la bonne foi – laquelle impose certains devoirs aux contractants ». Ces devoirs consistent dans le devoir de loyauté (lors de la négociation, de la conclusion et de l'exécution du contrat) ; le devoir de coopération (surtout dans le contrat de société et les contrats de longue durée) et le devoir de collaboration (devoir d'avertir l'autre, en cours de contrat, des événements qu'il a intérêt à connaître et à faciliter l'exécution de celui-ci)⁶¹.

La chambre commerciale de la Cour de cassation, par un arrêt récent⁶² a précisé « la portée des pouvoirs reconnus au juge en matière de sanction de la mauvaise foi contractuelle. Elle le fait sur le fondement d'une distinction entre les simples prérogatives contractuelles, dont l'usage déloyal peut être sanctionné sur le fondement de l'article 1134, alinéa 3, du code civil, et la substance même des droits et obligations nés du contrat, qui ne peut quant à elle être remise en cause sans violation du premier alinéa du même texte »⁶³.

Selon le commentaire à cet arrêt, « en jurisprudence, la solution est inédite. Le manquement à la bonne foi, qui est ordinairement sanctionné par la responsabilité civile du contractant de mauvaise foi (V. par ex. Cass. com., 8 mars 2005, Bull., n° 44), peut certes trouver une autre sanction dans la neutralisation de la stipulation mise en œuvre et il existe sur ce point une jurisprudence désormais classique en matière de clause résolutoire (V. not. Cass. 1ère civ., 16 février 1999, Bull., n° 52). Jamais, cependant, les juges n'étaient allés aussi loin que l'avait fait la cour d'appel dans l'arrêt censuré. Celui-ci avait en effet retenu que, compte tenu des circonstances, le créancier ne pouvait, "sans manquer à la bonne foi, se prétendre créancier", ce qui revenait à neutraliser la créance elle-même. C'est donc cette vision extrême du rôle de la mauvaise foi que condamne la chambre commerciale : le créancier, même de mauvaise foi, reste créancier et le juge ne peut, au seul motif que la créance a été mise en œuvre de mauvaise foi, porter atteinte à l'existence même de celle-ci en dispensant le débiteur de toute obligation »⁶⁴.

En droit brésilien, à côté des canons d'interprétation dégagés par la doctrine, le Code civil énonce certaines règles d'interprétation des déclarations ou des manifestations de volontés, susceptibles de créer des obligations : on remarque celle qui préconise, tel le Code civil français, que la volonté interne tient plus de place que la volonté déclarée⁶⁵. On remarque également que la réserve mentale n'interfère pas dans les effets de la manifestation de volonté, sauf se le destinataire de cette manifestation a eu connaissance de cette réserve mentale⁶⁶.

Une autre règle très importante est celle de l'application du standard de bonne foi, ainsi que des usages du lieu de la célébration des actes, dans l'interprétation des *negotia*⁶⁷. En effet, dans les actes créateurs d'obligations, c'est-à-dire les actes bilatéraux tel le contrat ainsi que dans les déclarations unilatérales de volonté, les parties doivent agir en bonne foi, comme le préconise également l'article 422, inséré dans le Code Civil de 2002, selon lequel les parties sont obligées de garder, pour la conclusion comme pour l'exécution du contrat, les dictames de la bonne foi et de la probité.

⁶¹ François Terré, Philippe Simler et Yves Lequette, *Droit Civil, Les Obligations*, cit. p. 46 et s. p. 47.

⁶² Arrêt n° 966, du 10 juillet 2007.

⁶³ Service de documentation et d'études de la Cour de cassation. Communiqué relatif à l'arrêt n° 966, du 10 juillet 2007. (Voir site Internet de la Cour de cassation française)

⁶⁴ Service de documentation et d'études de la Cour de cassation. Communiqué relatif à l'arrêt n° 966, du 10 juillet 2007, cit.

⁶⁵ Art. 112 du Code civil brésilien.

⁶⁶ Art. 110 du Code civil brésilien.

⁶⁷ Art. 113 du Code civil brésilien.

Le principe de la bonne foi a toujours été un principe directeur de l'ordre juridique brésilien. La conception subjective du principe a été adoptée par le Code civil de 1916, notamment dans les rapports concernant les droits réels et par le Code de Commerce de 1850 (art. 131) comme règle d'interprétation des contrats⁶⁸.

La Convention de Vienne ne prévoit pas de méthode spécifique d'interprétation de ses règles. D'après M. Bernard Audit, cette absence de référence expresse à une méthode d'interprétation – littérale, téléologique ou fonctionnelle – s'explique « *car les différentes traditions juridiques s'opposent assez fortement sur la méthode même d'interprétation du droit écrit* »⁶⁹.

La doctrine a dégagé certains principes d'interprétation⁷⁰, notamment *le principe d'interprétation autonome de la Convention*, à partir de la directive formulée par l'article 7, alinéa 1 CVIM, relative à la prise en compte du caractère international de la Convention, lors de l'interprétation du texte conventionnel⁷¹.

Un autre principe expressément prévu par l'article 7, alinéa 1 CVIM, est celui de la *bonne foi*. Dans ce cas, le principe a été adopté comme un but devant être poursuivi par l'interprète lors de l'interprétation du texte conventionnel. Ce principe est également considéré par la doctrine comme étant un des principes généraux dont s'inspire la Convention au sens de l'article 7, alinéa 2 CVIM.

En se référant à la nécessité de promouvoir l'uniformité de l'application de la Convention, M. Claude Witz⁷² remarque les difficultés d'inclure *le principe de la bonne foi* comme un principe général s'imposant directement à l'acheteur et au vendeur, en raison de l'opposition à ce propos entre les pays de *civil law* et les pays de *common law*. L'auteur remarque le rôle important que joue ce principe dans le cadre de l'interprétation de la Convention de Vienne et sa classification par la doctrine parmi les principes généraux dont la Convention s'inspire pour combler ses lacunes internes⁷³.

La référence aux principes généraux dont s'inspire la Convention a pour but précis de combler les lacunes dites internes. Selon l'article 7.2 de la Convention, les questions concernant

⁶⁸ On relève encore que le principe de la bonne foi a été adopté expressément au Brésil par le Code de protection des consommateurs (CDC), Loi n° 8.078, du 11 septembre 1990, notamment dans son article 4°, III. Le principe de la confiance légitime a été adopté expressément par le CDC, notamment dans l'article 6°, III et IV (sur les droits fondamentaux des consommateurs), dans l'article 46 s. (sur la protection contractuelle) et dans les articles 51 et s. (sur la prohibition d'insertion de clauses abusives dans les contrats passés avec un consommateur). Voir pour tous, Cláudia Lima Marques, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor, O novo regime das relações contratuais*, 5^e ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005 et Cláudia Lima Marques, *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor (um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico)*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

⁶⁹ Bernard Audit, *La vente internationale de marchandises*, Paris : LGDJ, 1990, p. 47

⁷⁰ Pour une lecture critique des principes utilisés comme règles d'interprétation, voir Patrick Morvan, *Le principe en droit privé*, Paris : LGDJ, 1999, p. 38-42.

⁷¹ Comme le remarque Claude Witz, « *la doctrine s'emploie à dégager certains principes d'interprétation qui reflètent assez bien les solutions de civil law* ». (Claude Witz, CVIM : Interprétation et questions non couvertes, *Revue de droit des affaires internationales*, n° 3-4, 2001, p. 253-275, spéc. p. 254).

⁷² Claude Witz, CVIM : Interprétation et questions non couvertes, cit., p. 254-256.

⁷³ Selon l'auteur, pour combler les lacunes dites internes, il faut en priorité vérifier si la question peut être réglée grâce à un principe général dont la Convention s'inspire (Art. 7, al. 2, CVIM) ; les principes généraux peuvent être classés en trois catégories : les principes directement posés par la Convention de Vienne, les principes implicites, détachés de toute considération de bonne foi, et le principe général de la bonne foi (Claude Witz, CVIM : Interprétation et questions non couvertes, cit. p. 269). En se référant à la Convention de Vienne, Jean-Michel Jacquet, *Le droit de la vente internationale de marchandises : le mélange des sources*, cit., p. 77-78 observe que « *la bonne foi est cantonnée au domaine de l'interprétation de la Convention* ».

les matières régies par la Convention mais qui ne sont pas expressément pour elle tranchées seront d'abord réglées par les principes généraux dont elle s'inspire ou, à défaut de ces principes, conformément à la loi applicable en vertu des règles du droit international privé.

La Convention de Vienne confère également beaucoup d'importance aux comportements des parties ainsi qu'aux usages.

En ce qui concerne les comportements d'une partie, l'article 8 de la Convention prévoit qu'ils doivent être interprétés selon « l'intention de celle-ci lorsque l'autre partie connaissait ou ne pouvait ignorer cette intention ». Comme le remarque les auteurs⁷⁴, « *la volonté interne doit être extériorisée de sorte que l'autre partie ne puisse la méconnaître. A défaut, il faudra recourir à un standard, celui de la 'personne raisonnable'* »⁷⁵.

En ce qui concerne les usages, la Convention de Vienne préconise le respect par les usages établis entre les parties (article 9-1 CVIM) ainsi que le respect des usages que les parties connaissaient ou dont elles devaient avoir connaissance, vu qu'ils sont observés dans le domaine d'activités concerné (article 9-2 CVIM).

De ce fait, les parties sont liées par les usages auxquels elles ont consenti et par les habitudes qui se sont établies entre elles ; selon le même article de la Convention, les parties sont réputées s'être tacitement référées dans le contrat et pour sa formation, à tout usage dont elles avaient connaissance ou auraient dû avoir connaissance et qui, dans le commerce international, est largement connu et régulièrement observé par les parties à des contrats de même type dans la branche commerciale considérée.

Comme le remarquent MM. Jean-Michel Jacquet et Philippe Delebecque⁷⁶, il faut éviter de confondre l'usage du commerce et l'usage des parties.

L'usage du commerce peut être défini, selon l'article 1. 205 de l'Uniform Commercial Code comme « *une pratique ou une habitude observée si régulièrement dans un lieu, une profession ou une branche du commerce que l'on peut s'attendre à ce qu'elle soit observée dans la transaction en question (...)* ».

L'usage du commerce peut également être défini comme le fait l'article 9, alinéa 2 de la Convention de Vienne, qui dispose : « *Sauf convention contraire des parties celles-ci sont réputées s'être tacitement référées dans le contrat et pour sa formation à tout usage dont elles avaient connaissance ou auraient dû avoir connaissance et qui, dans le commerce international, est largement connu et régulièrement observé par les parties à des contrats du même type dans la branche commerciale considérée* ».

L'usage entre les parties est propre aux rapports habituellement établis entre ces parties. Ces usages ont alors un caractère particulier, conventionnel, et peuvent éclairer l'interprète du contrat sur la commune intention des parties ou révéler le sens qu'il convient d'attribuer à leur comportement dans le cadre de la négociation, de la conclusion ou de l'exécution du contrat⁷⁷. Comme le soulignent les auteurs, « *en tant que tel cet usage ne peut pas être transposable à d'autres contrats et ne saurait constituer un mode de formation du droit* ».

⁷⁴ Anja Huber et Laurence Nicolas-Vulliamme, L'accord de volontés dans le contrat de vente internationale : CVIM, Codes civils français et allemand et Code de commerce des Etats-Unis, cit., p. 818.

⁷⁵ Tel comme préconisé par les alinéas 2 et 3 de l'article 8 CVIM.

⁷⁶ Jean-Michel Jacquet et Philippe Delebecque, *Droit du commerce international*, Paris : Dalloz, 2002, p. 84 - 85.

⁷⁷ V. article 9, alinéa 1 CVIM.

On relève encore, comme une règle d'interprétation des actes pouvant donner lieu à la conclusion du contrat, présentée par la Convention de Vienne, celle prévue par l'article 18 CVIM, selon laquelle, « *une déclaration ou autre comportement du destinataire indiquant qu'il acquiesce à une offre constitue une acceptation. Le silence ou l'inaction à eux seuls ne peuvent valoir acceptation* ».

Cette règle se trouve également en droit brésilien. Innovation portée par le Code civil de 2002, « *le silence équivaut consentement, lorsque les circonstances et les usages l'autorisent et lorsqu'une déclaration de volonté expresse n'est pas exigée* »⁷⁸.

De même, en droit français, par une interprétation de l'article 1135 du Code civil : « *les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature* ».

On vérifie ainsi une certaine convergence en ce qui concerne les règles d'interprétation présentées par les systèmes juridiques analysés et les principes employés. La Convention de Vienne ne comporte pas de règles sur la validité du contrat ni sur la responsabilité précontractuelle qui peut donner lieu la rupture brutale des négociations. Ces aspects concernant la phase de formation des contrats de vente sont renvoyés aux droits nationaux. En raison de la taille et des objectifs de cette exposition, nous ne développerons pas ces aspects dans cette étude. Ils peuvent faire l'objet de nouvelles études et de nouvelles présentations.

Pour conclure, il semble intéressant de garder à l'esprit l'importance économique et juridique de sauver le contrat. Le principe *favour negotii* est connu du droit brésilien ainsi que du droit français. Les instruments normatifs du commerce international, tel les Principes UNIDROIT⁷⁹ et les Principes européens des contrats apportent également des solutions nouvelles aux droits internes. On part de l'idée bien connue que les contrats internationaux sont des vivificateurs du droit interne, même si les rapports entre le droit du commerce international et les contrats internes sont contradictoires et même si la vente internationale est dotée de particularismes et d'originalité⁸⁰.

II - Le régime juridique de la formation du contrat de vente

La Convention de Vienne n'établit pas de distinction entre les phases de formation et de conclusion du contrat et utilise l'expression « formation du contrat », pour désigner indifféremment le processus de formation du contrat, y compris sa conclusion⁸¹.

La formation du contrat est régie dans la deuxième partie de la Convention de Vienne (articles 14 à 24). Les Etats contractants, au moment de l'adhésion, peuvent déclarer n'être pas liés par la deuxième partie ou la troisième partie de la Convention (art. 92.1, CVIM). En vertu d'une telle déclaration, l'Etat ne sera pas considéré comme un Etat contractant à l'égard de la deuxième ou de la troisième partie de la Convention (art. 92. 2,

⁷⁸ Art. 111 du Code civil brésilien.

⁷⁹ Voir pour tous, en langue portugaise, le récent ouvrage de Lauro Gama e Souza Jr. *Contratos Internacionais à luz dos Principios do UNIDROIT 2004: Soft Law, Arbitragem e Jurisdição*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

⁸⁰ Philippe Malaurie, Laurent Aynès et Pierre-Yves Gautier, *Droit Civil*, 2^e éd. Révisée, Paris : Defrénois, 2005, n° 29, p. 21.

⁸¹ Voir l'ancien et toujours actuel article de l'auteur italien, Luigi Paolo Comoglio, *Libertà di forma e libertà di prova nella compravendita internazionale de merci*, In : *Riv. Trim. Dir. Proc. Civile*, 1990, XLIV-3, p. 787-810, notamment pour les aspects concernant la preuve dans le contexte d'application de la Convention de Vienne.

CVIM). La troisième partie de la Convention présente des dispositions sur la vente internationale de marchandises, c'est-à-dire, sur les effets du contrat. Selon la formule établie par l'art. 23 CVIM, le contrat est conclu au moment où l'acceptation d'une offre prend effet.

En droit brésilien, la réglementation de la formation du contrat est bien établie. Les dispositions légales sur la formation du contrat en droit brésilien sont contenues dans les articles 427 à 435, de la Section II du Chapitre I, du Titre V du Livre II de la Partie spéciale du Code civil brésilien (Loi n° 10.406, du 10 janvier 2002, publiée au Journal Officiel du 11 janvier 2002 et en vigueur depuis le 11 janvier 2003).

Bien qu'en droit français le Code civil dédie le chapitre premier aux dispositions préliminaires (article 1101 et s.) du Titre III (qui porte sur les contrats ou les obligations conventionnelles en général), inséré dans le Livre III (qui porte sur les différentes formes dont on acquiert la propriété), les aspects concernant la rencontre de l'offre et de l'acceptation n'ont pas reçu de traitement législatif spécifique. La matière n'est également pas traitée dans le chapitre concernant la vente (articles 1582 et s.). C'est la jurisprudence qui a développé la matière.

Comme le fait observer Jacques Ghestin, « *on analyse de façon classique le consentement comme une offre acceptée par son destinataire. L'offre et son acceptation forment ainsi le contrat* »⁸².

La question qui se pose normalement lors de la formation du contrat est celle de savoir quelles sont les manifestations susceptibles d'être considérées comme une « offre » et celles susceptibles d'être considérées comme une « *acceptation d'une offre* » (§ 1) et à quel moment ces manifestations prennent effet (§ 2).

§ 1 – Les manifestations susceptibles d'être considérées comme une offre et comme une acceptation

Il résulte de la liberté de forme, que les parties ont la possibilité de conclure leur contrat de vente soit par des manifestations expresses, soit par leur comportement. Dans certains cas, des difficultés peuvent se présenter en raison de l'échange de documents qui contiennent des informations ou dispositions concernant les conditions de conclusion du contrat et d'exécution du contrat. Parfois, ces stipulations ne sont pas suffisamment claires pour la détermination du moment de conclusion du contrat et de la fixation du contenu réel du contrat conclu. Les exemples de ce type de documents sont multiples. Il peut s'agir de conditions générales de vente, de conditions générales d'achat, de contrats-types, de lettres d'intention⁸³, de confirmation de commande ou de lettres de confirmation⁸⁴.

Fondée sur le principe de la liberté de forme, la Convention de Vienne ne définit pas les déclarations de volonté. Comme le remarque F. Limbach, « *la Convention de Vienne n'a pas consacré le terme de 'déclaration de volonté' et ne semble d'ailleurs pas vouloir proposer un terme unique à ce concept, se référant parfois aux 'indications et autres comportements' (article 8 CVIM), parfois à la 'manifestation d'intention' (article 24 CVIM)* »⁸⁵.

⁸² La Formation du contrat, Traité de droit civil, cit., p. 218.

⁸³ Il ne faut pas confondre ici l'expression avec le sens donné au terme par l'article 2322 du Code civil français, qui s'agit d'une surêté personnelle : « *La lettre d'intention est l'engagement de faire ou de ne pas faire ayant pour objet le soutien apporté à un débiteur dans l'exécution de son obligation envers son créancier* ».

⁸⁴ Voir Johanna Schmidt, Les lettres d'intention, cit. p. 257 - 270.

⁸⁵ Francis Limbach, *Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales des contrats : de l'utilité du concept de la déclaration de volonté*. Thèse, Université de la Sarre et Université des Sciences Sociales – Toulouse I, 2003, p. 70.

Une conception objective du contrat amène à un raisonnement lors de l'interprétation des contrats basé sur le comportement des parties en application d'un *standard*, celui de *personne raisonnable* donc l'interprétation « *de l'intention commune des parties n'y étant pas relevant* »⁸⁶, lors d'interprétation des actes concernant la formation et la conclusion du contrat.

En droit brésilien, on utilise les expressions 'manifestations de volonté', ainsi que 'déclarations de volonté' pour nommer les actes formateurs d'obligations et ces actes reçoivent un traitement normatif spécial dans le chapitre premier du Titre I (qui porte sur le *négocio jurídico*) du Livre III de la Partie Générale du Code civil, dédié aux faits juridiques⁸⁷.

Le Code civil français n'emploie pas l'expression '*manifestations de volonté*'; le législateur a choisi le mot 'engagement' et les différentes conjugaisons du verbe 's'obliger'. L'article 1135 suggère toutefois, la possibilité d'utiliser différentes sortes de comportement, y compris des 'manifestations' et des 'déclarations' de la volonté des parties lors de leurs engagements et la doctrine utilise souvent l'expression manifestation de volonté⁸⁸.

Pour vérifier quelles sont les manifestations de volonté susceptibles d'être considérées comme des actes formateurs du contrat, nous analyserons d'abord la notion d'offre (A), puis la notion d'acceptation (B).

A - La définition de l'offre

Dans les négociations d'un contrat complexe, notamment les contrats internationaux, l'offre « *demeure une notion assez vague car, en dépit des critères déterminés par la jurisprudence, elle reste soumise à l'autonomie de la volonté, principe essentiel du droit des contrats* »⁸⁹.

La Convention de Vienne exige la présence cumulative de plusieurs conditions pour qu'une offre soit constituée : la proposition doit être adressée à un ou à plusieurs destinataires déterminés et elle doit indiquer la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation. En outre, elle doit être suffisamment précise⁹⁰.

Comme le relève M. Bernard Audit, « *L'offre véritable est donc la déclaration qui confère au destinataire le pouvoir de donner naissance au contrat* »⁹¹. Qualifiée d'acte juridique unilatéral, l'offre est une déclaration réceptive de volonté dans la mesure où la seule acceptation de son destinataire est suffisante pour la conclusion du contrat⁹².

Le Code civil français ne présente pas de dispositions sur l'offre dans le titre sur les obligations et les contrats (articles 1101 et s.), ni dans le titre concernant la vente (articles 1582 et s.).

L'offre ou pollicitation constitue, en droit français, « *une manifestation de la volonté unilatérale destinée à porter à la connaissance d'autrui l'intention de contracter de son auteur, la nature*

⁸⁶ H. R. Cheeseman, *Business Law*, fifth edition, New Jersey: Pearson, 2004 p. 196, citant le *case law*, Supreme court of Washington, *City of Everest, Washington v. Mitchell*, 631 p. 2, d. 366 (1981), qui démontre l'application de l'*objective theory of contracts* en droit nord-américain.

⁸⁷ Articles 110 à 113 du Code civil brésilien.

⁸⁸ Voir, par exemple, Jacques Ghestin, *La Formation du contrat*, *Traité de droit civil*, cit., p. 219.

⁸⁹ Patrick Blanchard, *Offre et acceptation dans la négociation du contrat international. Réflexions comparatistes*, cit., p. 3-25.

⁹⁰ Art. 14. 1, CVIM.

⁹¹ Bernard Audit, *La vente internationale de marchandises*, cit., n° 61, p. 57. Selon l'auteur, « *Il résulte de cette conception que c'est fréquemment l'acheteur qui a la position d'offrant, par l'effet d'une commande ; un vendeur en état d'offre au public n'émet qu'une proposition de contracter* ».

⁹² Selon Orlando Gomes, *Contratos*, 16^e ed. Rio de Janeiro : Editora Forense, 1995, n° 6, p. 13. Caio Mario da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, cit., p. 20 - 23.

du contrat offert et ses conditions essentielles de telle sorte que, saisie par une acceptation en tout point concordante, un contrat puisse jaillir de la rencontre de ses deux volontés »⁹³.

Selon la jurisprudence, pour qu'il y ait offre, la proposition de contracter doit être précise⁹⁴ et ferme.

Cette précision signifie que l'offre détaille avec clarté les éléments essentiels pour la constitution du contrat, outre les éléments de l'acte juridique : le consentement, la capacité des parties, l'objet et la cause, les éléments essentiels pour la formation du contrat de vente : la chose et le prix⁹⁵, tel que prévu par l'article 1583 du Code civil.

La fermeté de l'offre réside dans l'indication de la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation⁹⁶.

En France, les conditions générales de vente constituent l'objet de réglementation. Le Code de commerce impose dans son article L. 441-6, certaines mentions obligatoires et celles-ci n'ont de valeur contractuelle que si elles ont fait, dès l'origine, partie intégrante du consentement des parties⁹⁷.

Le droit brésilien, hors du cadre des rapports contractuels concernant les consommateurs, ne détermine pas quels sont les éléments que doivent comporter l'offre. A propos du contrat de vente, outre les éléments essentiels du *negotium* (art. 104 du Code civil brésilien) : la capacité des parties, la licéité de l'objet et la forme prescrite ou non prohibé par la loi, les éléments essentiels, comme pour le droit français, sont la chose et le prix (Code civil, art. 1583 et Code civil brésilien, art. 482).

La Convention de Vienne établit, ainsi, les éléments subjectifs (a) et les éléments objectifs (b) de l'offre.

a – Éléments subjectifs d'offre

Les éléments subjectifs sont au nombre de deux : « la proposition doit être dirigée vers un ou plusieurs destinataires (1) et doit indiquer l'intention de son auteur d'être lié en cas d'acceptation (2).

1) Le destinataire de l'offre

Une proposition adressée à un ou plusieurs destinataires peut être qualifiée d'offre si elle est dirigée vers un ou plusieurs destinataires déterminés⁹⁸.

Lorsque la proposition est adressée à des destinataires indéterminés, il ne peut s'agir que d'une « *invitatio ad offerendum* » ou d'une offre publique, à moins que l'auteur de la proposition n'ait clairement indiqué le contraire⁹⁹.

⁹³ A. Vialard, L'offre publique de contrat, In : *RTD civ* 1971, p. 751, cité par Patrick Blanchard, Offre et acceptation dans la négociation du contrat international. Réflexions comparatistes, p. 4 (note de bas de page n° 1).

⁹⁴ Cass. Civ. 1, 24 nov. 1998, *Bull. civ.* I, n° 328.

⁹⁵ Patrick Blanchard, Offre et acceptation dans la négociation du contrat international. Réflexions comparatistes, p. 8.

⁹⁶ Cass. Civ., 3, 28 nov. 1968, *Bull. Civ.* III, n° 507, p. 38 ; Cass. Civ. 3, 1^{er} juill. 1998, *D* 1999, 170, note L. Boy. Décisions cités par Anja Huber et Laurence Nicolas-Vullierme, L'accord de volontés dans le contrat de vente internationale : CVIM, Codes civils français et allemand et Code de commerce des Etats-Unis, cit., p. 818, note de bas de page n° 25.

⁹⁷ Patrick Blanchard, Offre et acceptation dans la négociation du contrat international. Réflexions comparatistes, cit., p. 6.

⁹⁸ Art. 14. 1, CVIM.

⁹⁹ Art. 14. 2, CVIM. Comme le relèvent Karl H. Neumayer et Catherine Ming, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*. Commentaire. Ed. François Dessement, CEDIDAC, 1993, p. 136 – 137.

La doctrine soulève la question de savoir si l'envoi de catalogues, de prospectus et d'autres moyens publicitaires peuvent être considérés comme une offre au sens de la Convention de Vienne ou si cette proposition ne peut être qu'une invitation à l'offre¹⁰⁰.

Les « offres publiques » peuvent être considérées comme des offres véritables, même dans le cas de propositions adressées à des personnes indéterminées, lorsque l'intention d'être lié est clairement indiquée par l'auteur de la proposition. Cette possibilité est prévue par la Convention de Vienne¹⁰¹, par le droit brésilien¹⁰², ainsi que par le droit français¹⁰³.

Ainsi, une offre « dans la limite des stocks disponibles » ou « selon les besoins de l'acheteur » constitue une offre véritable dans la mesure où elle contient les éléments essentiels à la conclusion du contrat et qu'aucune condition n'est requise pour que l'acquiescement de l'autre partie puisse former le contrat¹⁰⁴.

2) L'intention d'être lié par l'offre

Le droit conventionnel requiert que l'offrant indique sa volonté de s'engager en cas d'acceptation. Cet élément subjectif rend la proposition obligatoire pour son émetteur¹⁰⁵. Cet élément subjectif essentiel à la conclusion du contrat se retrouve dans tous les droits de type romaniste, anglais et des Etats-Unis d'Amérique¹⁰⁶. La Convention de Vienne, en établissant des conditions objectives de l'offre, lui confère ce caractère obligatoire.

Comme le remarque la doctrine¹⁰⁷, « la délimitation entre la volonté d'être lié et la simple initiation de négociations n'est cependant pas toujours aisée ». Pour dégager la volonté des parties, il convient de se référer à l'article 8 de la Convention de Vienne selon lequel, les indications et autres comportements d'une partie doivent être interprétés selon l'intention de celle-ci lorsque l'autre partie connaissait ou ne pouvait ignorer cette intention¹⁰⁸. D'après l'autre formule présentée par l'article dans les hypothèses où le paragraphe précédent n'est pas applicable, les indications et autres comportements d'une partie doivent être interprétés selon le sens qu'une personne raisonnable de même qualité que l'autre partie, placée dans la même situation, lui aurait donné¹⁰⁹.

¹⁰⁰ Selon Bernard Audit, *La vente internationale de marchandises*, cit., n° 62, p. 57 – 58. En sens opposé, voir Karl H. Neumayer et Catherine Ming, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*, Commentaire, cit., p. 136.

¹⁰¹ Selon l'art. 14.2 *in fine* CVIM.

¹⁰² Selon la première partie de l'art. 429 du Code civil brésilien.

¹⁰³ Cass. Civ. 3, 28 nov. 1968, *Bull. civ.* III, n° 507, p. 38; Cass. Civ. 3, 1^{er} juill. 1998, *D.* 1999, 170, note L. Boy.

¹⁰⁴ Bernard Audit, *La vente internationale de marchandises*, cit., n° 62, p. 58.

¹⁰⁵ L'offre est un acte juridique classé comme « *negotio jurídico* », doté de « *vinculum juris* ». Caio Mario da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, cit., n° 188, p. 21. Cette obligation juridique est due au fait que l'émission d'une offre constitue une déclaration de volonté réceptive : l'émission d'une offre crée dans le champ juridique du destinataire une expectative, avec toutes les conséquences. La rupture de cet engagement peut générer des préjudices dans la sphère patrimoniale du destinataire de l'offre, si celui-ci a fait de dépenses ou a subi des pertes en conséquence de cette expectative. L'offre, comme l'acceptation, sont des déclarations de volontés classées comme « *droit formateur générateur* ». Le droit formateur dépend seulement d'un acte de son titulaire ; la loi en confère les effets juridiques. V. Francisco C. Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, 2^e ed. Rio de Janeiro : Editor Borsoi, 1962, Vol. V, spéc. p. 242 - 247 et 285.

¹⁰⁶ Karl H. Neumayer et Catherine Ming, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*, Commentaire, cit., p. 138 - 139.

¹⁰⁷ Karl H. Neumayer et Catherine Ming, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*, Commentaire, cit., p. 138 - 139. Caio Mario da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, cit., n° 188, p. 21.

¹⁰⁸ Alinéa 1 de l'art. 8 CVIM.

¹⁰⁹ Alinéa 2 de l'art. 8 CVIM.

Des règles d'interprétation sont encore prévues par la Convention de Vienne : pour déterminer l'intention d'une partie ou ce qu'aurait compris une personne raisonnable, il doit être tenu compte des circonstances pertinentes, notamment des négociations qui ont pu avoir lieu entre les parties, des habitudes qui se sont établies entre elles, des usages et de tout comportement ultérieur des parties¹¹⁰.

Selon la doctrine¹¹¹, « *Il ne faut cependant pas confondre cet aspect essentiel de l'offre avec la volonté d'être lié irrévocablement, laquelle est traitée à l'article 16. Conformément à la conception objective des déclarations de volonté imposée à l'article 8 al. 2, une offre pour rire qui n'est pas formulée sérieusement peut parfaitement lier son auteur, puis, en cas d'acceptation sincère, constituer un des éléments du contrat ainsi formé* ».

Quant à la validité proprement dite de l'offre, elle doit être appréciée selon le droit national applicable au titre de question exclue du champ d'application matériel de la Convention de Vienne¹¹².

De plus, la Convention ne règle pas la forme de l'émission de l'offre. Ainsi, les actes d'exécution peuvent être considérés comme des offres, dès lors qu'ils contiennent les indications sur le prix et les marchandises.

Observons que la proposition accompagnée de la formule « *sans engagement* » sera considérée en règle générale comme une invitation *ad offerendum*. La proposition contenant les éléments essentiels du contrat accompagnée de la réserve « *dans la limite des stocks disponibles* » constitue, en principe, une offre sous condition résolutoire.

En France, un arrêt a préconisé que « *entre commerçants, une proposition de contracter ne constitue une offre que si elle indique la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation* »¹¹³.

En ce qui concerne les offres émises par voie électronique, les règles établies par l'article 1369-4 (Créé par l'Ordonnance n°2005-674 du 16 juin 2005 - art. 1 I, III JORF 17 juin 2005) prévoient également la question de l'engagement de son auteur : « *Quiconque propose, à titre professionnel, par voie électronique, la fourniture de biens ou la prestation de services, met à disposition les conditions contractuelles applicables d'une manière qui permette leur conservation et leur reproduction. Sans préjudice des conditions de validité mentionnées dans l'offre, son auteur reste engagé par elle tant qu'elle est accessible par voie électronique de son fait* ».

b- Éléments objectifs constitutifs d'une offre

Selon l'art. 14 CVIM, l'offre doit être suffisamment précise : « *la proposition est suffisamment précise lorsqu'elle désigne les marchandises et, expressément ou implicitement, fixe la quantité et le prix; ou donne des indications permettant de les déterminer* ».

¹¹⁰ Alinéa 3 de l'art. 8 CVIM.

¹¹¹ Karl H. Neumayer et Catherine Ming, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*, Commentaire, cit., p. 138-139.

¹¹² En droit brésilien, la bonne foi sera prise en compte lors de l'appréciation de la validité d'une offre, sous réserve de nullité par erreur essentielle, comme le prévoient les articles 138 et 140. Dans cette hypothèse, la nullité est relative. Le faux motif n'invalide pas l'acte, sauf s'il constituait une raison déterminante à la conclusion du contrat. Comme le prescrit les articles du 138, 139 et 140 Code civil de 2002.

¹¹³ Arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de Cassation, 6 mars 1990 : *Bull. Civ. IV*, n° 74 ; *R.*, p. 361 ; *JCP* 1990. II. 21583, note Gross ; *RTD civ.* 1990. 462, obs. Mestre ; *D.* 1991. Somm. 317, obs. Aubert.

Comme le souligne la doctrine, « un contrat n'est valablement formé que s'il y a concordance des volontés sur les 'essentialia negotii' : la marchandise, la quantité et le prix mentionnés à l'art. 14, al. 1 sont toujours des éléments minimaux objectivement nécessaires et suffisants à la perfection de l'offre »¹¹⁴.

La Convention de Vienne adopte la conception classique des éléments essentiels à la conclusion d'un contrat de vente, connue des systèmes romano-germaniques, qui requiert un accord sur la chose et le prix.

La Convention présente de façon objective les éléments constitutifs d'une offre. La Convention n'offrant qu'une réglementation supplétive, les parties ont la possibilité de fixer d'autres éléments, tels la soumission du contrat à certaines conditions ou à certaines modalités, comme la vente à l'essai. Les *accidentalìa negotii* peuvent également faire partie de l'offre, telles les modalités de garantie.

Outre les éléments concernant la chose et le prix, en droit français, les éléments objectifs qui doivent être présents lors d'une offre émise par voie électronique, sont établis par l'article 1369-4¹¹⁵, notamment dans sa deuxième partie : « ... L'offre énonce en outre : 1° Les différentes étapes à suivre pour conclure le contrat par voie électronique ; 2° Les moyens techniques permettant à l'utilisateur, avant la conclusion du contrat, d'identifier les erreurs commises dans la saisie des données et de les corriger ; 3° Les langues proposées pour la conclusion du contrat ; 4° En cas d'archivage du contrat, les modalités de cet archivage par l'auteur de l'offre et les conditions d'accès au contrat archivé ; 5° Les moyens de consulter par voie électronique les règles professionnelles et commerciales auxquelles l'auteur de l'offre entend, le cas échéant, se soumettre ».

En droit brésilien, les éléments de l'offre ne sont pas établis par le Code civil. Le Code de Protection aux Consommateurs (CDC)¹¹⁶, par contre, énonce de façon claire et précise, quels sont les éléments constitutifs de l'offre, dans les articles 30 à 35.

La Convention de Vienne, compte tenu de la souplesse des ses normes, ne requiert, pour qu'une proposition puisse être qualifiée d'offre, que la désignation des marchandises (1) et du prix (2).

1) La désignation des marchandises

Les usages du commerce international interviennent fréquemment dans ce domaine. La nature du bien détermine les degrés de précision devant être observés en ce qui concerne la spécification des marchandises : elles doivent être déterminées, au moins quant à leur espèce; pour les produits manufacturés, l'indication de référence ou de dénomination s'impose.

En outre, des exigences élémentaires de quantité doivent être observées : la quantité doit être fixée, au moins implicitement, par les systèmes de référence normalement utilisés soit par l'offrant soit pour l'acceptation ; la modification postérieure de la quantité, à défaut d'un accord des parties, peut être source de litige, comme le démontre une décision allemande¹¹⁷.

¹¹⁴ Karl H. Neumayer et Catherine Ming, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises, Commentaire*, cit., p. 139-140.

¹¹⁵ Créé par l'Ordonnance n° 2005-674 du 16 juin 2005 - art. 1 I, III JORF 17 juin 2005.

¹¹⁶ Loi n° 8.078, du 11 septembre 1990.

¹¹⁷ Décision rendue par l'Oberlandesgericht Frankfurt-am-Main, le 23 mai 1995. (Décision n° 291- CNUDCI - Système CLOUT).

Procéder à l'indication des marchandises implique que l'on définisse l'objet de la vente par le genre et la quantité : « *en sus de la désignation générique des marchandises, il importe que l'offre en spécifie le type et la nature* »¹¹⁸.

Le niveau de précision concernant l'objet de la vente dépendra de la nature du bien ainsi que des usages¹¹⁹.

Le droit brésilien ne comporte que deux règles relatives à la désignation des marchandises, dans le Chapitre du Code civil concernant le contrat de vente¹²⁰.

La première règle, introduite par le nouveau Code civil brésilien, a trait à la vente de choses futures : la vente n'aura pas d'effet si la chose n'aboutit pas à l'existence. Par ailleurs, la vente de chose future peut être conclue sous condition résolutoire, sauf si les parties ont entendu conclure un « contrat aléatoire »¹²¹. Ainsi, si la chose ne vient pas à exister, le contrat ne produira aucun effet. Le Code civil ne réglementant pas l'ensemble du contrat de vente de chose future, il y a lieu d'appliquer les dispositions légales sur la vente, ainsi que les règles sur les spécifications de la chose contenues dans la Section I du Titre I du Livre I de la Partie spéciale du Code civil brésilien.

La deuxième règle, concernant la vente sous échantillon, pose la présomption selon laquelle le vendeur garanti que les choses vendues ont les qualités correspondant aux modèles ou prototypes présentés comme échantillon ; en cas de divergence entre les choses et leur description dans le contrat, le Code fait prévaloir les caractéristiques présentées par l'échantillon, le modèle ou le prototype¹²².

Pour compléter les règles concernant le contrat de vente, il faut recourir, en droit brésilien, aux normes générales applicables à tous les types de contrat¹²³ ainsi qu'aux normes relatives au droit des obligations¹²⁴.

Si les choses sont déterminées au moment de la conclusion du contrat, on ne rencontre pas de difficultés : le vendeur est obligé de livrer les choses choisies par l'acheteur¹²⁵.

Si les choses ne sont pas déterminées au moment de la conclusion du contrat, elles sont considérées comme choses incertaines. Celles-ci doivent être déterminées au moins par leur genre et leur quantité¹²⁶. Dans ce cas, sauf stipulation contraire, le choix des choses à livrer appartient au vendeur qui ne pourra pas livrer des biens d'une qualité inférieure ; il n'est pas, toutefois, obligé de livrer des biens de la meilleure qualité¹²⁷.

Compte tenu du fait que le droit français ne comporte pas de règles spécifiques sur l'offre, il est nécessaire d'analyser les normes spécifiques concernant les marchandises, dans les articles 1585 au 1588 du Code civil français, qui font partie de la réglementation du contrat de vente.

¹¹⁸ Comme le remarquent Karl H. Neumayer et Catherine Ming, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*. Commentaire, cit., p. 141.

¹¹⁹ Bernard Audit, *La vente internationale de marchandises*, cit., n° 63, p. 58.

¹²⁰ Capítulo I, du Titre VI, du Livre I de la Partie spéciale du Code civil brésilien.

¹²¹ Art. 483 du Code civil brésilien.

¹²² Art. 484 du Code civil brésilien.

¹²³ Titre V du Livre I de la Partie spéciale du Code civil brésilien.

¹²⁴ Livre I, Titres I à IV de la Partie spéciale du Code civil brésilien.

¹²⁵ Art. 313 du Code civil brésilien.

¹²⁶ Art. 243 du Code civil brésilien.

¹²⁷ Art. 244 du Code civil brésilien.

Selon l'article 1585, « lorsque des marchandises ne sont pas vendues en bloc, mais au poids, au compte ou à la mesure, la vente n'est point parfaite, en ce sens que les choses vendues sont aux risques du vendeur jusqu'à ce qu'elles soient pesées, comptées ou mesurées ; mais l'acheteur peut en demander ou la délivrance ou des dommages-intérêts, s'il y a lieu, en cas d'inexécution de l'engagement ».

L'article 1586 prévoit que « si les marchandises ont été vendues en bloc, la vente est parfaite, quoique les marchandises n'aient pas encore été pesées, comptées ou mesurées ».

L'article 1587 a trait à la vente à l'essai : « a l'égard du vin, de l'huile, et des autres choses que l'on est dans l'usage de goûter avant d'en faire l'achat, il n'y a point de vente tant que l'acheteur ne les a pas goûtées et agréées ». Normalement, « la vente à l'essai est toujours présumée faite sous une condition suspensive », comme le prévoit l'article 1588 du Code civil.

En ce qui concerne la quantité des biens, celle-ci doit figurer dans l'offre, implicitement ou explicitement, d'une façon déterminée ou déterminable : une quantification exacte - en tonnes, barils, mètres cubes - n'est pas nécessaire. La précision requise dépend notamment du type de contrat de vente, des usages ou des pratiques considérées et également de la marchandise concernée.

Une pratique courante dans le commerce est que le mode de détermination des marchandises à être livrées dépend également de la nature du contrat. Les contrats de fourniture successive nécessitent que les livraisons des marchandises s'opèrent par des quantités périodiques. Ainsi, il est également possible aux parties de choisir une formule leur permettant de préciser les quantités à livrer en cours d'exécution du contrat. Une proposition de vente indiquant « tout ce que j'ai de disponible » ou une proposition d'achat avec la mention « tout ce dont j'ai besoin pendant une certaine période » peuvent constituer une offre.

La détermination de la qualité et de la quantité des marchandises peut exercer une influence sur la détermination du prix¹²⁸.

2) L'indication du prix des marchandises

Le contrat de vente se caractérise par le paiement d'un prix en contrepartie de la livraison d'une chose¹²⁹. L'existence d'un prix distingue le contrat de vente d'autres contrats translatifs de propriété.

L'offre doit fixer le prix des marchandises¹³⁰. Le prix convenu explicitement ou implicitement doit être déterminé ou déterminable quelle que soit la monnaie : l'offre doit au moins indiquer le mode de fixation du montant du prix.

Dans le cadre de la Convention de Vienne, ainsi qu'en droit brésilien, il n'est pas nécessaire que le prix soit déjà calculable à la conclusion du contrat : il peut être prévu en référence à un marché donné, à une bourse d'une certaine ville, par exemple et à une date future déterminée.

¹²⁸ Le problème s'est posé en jurisprudence et une décision à ce sujet fut rendue en Allemagne : (Oberlandesgericht Frankfurt-am-Main, le 31 mars 1995) : selon la décision, « l'acceptation de l'offre du demandeur faisait défaut, étant donné que le vendeur et l'acheteur n'étaient par parvenus à un accord au sujet de la qualité exacte du verre (art. 18-1, 19-1, 19-3 de CVIM). Le Tribunal a donc pensé que le demandeur ne pouvait pas exiger le règlement et sa requête a été rejetée » (Décision n° 135 - CNUDCI - Système CLOUT).

¹²⁹ Art. 481 du Code civil brésilien et article 1582 du Code civil français.

¹³⁰ Ainsi préconise la jurisprudence française : Cass. Civ. 1, 24 nov. 1998, *Bull. civ.* I n° 328. Le prix étant considéré comme l'un des éléments essentiels du contrat de vente à être conclu (art. 1583 du Code civil).

La Convention de Vienne contient deux dispositions sur la détermination du prix : l'article 14. 1 et l'article 55. Dans la première norme, le prix ou les indications de sa détermination sont considérés comme un élément de précision de l'offre¹³¹, indispensable à sa constitution ; dans la seconde norme, la Convention suggère que le prix puisse être déterminé à un moment postérieur¹³². Cette dualité de normes fait naître une importante controverse doctrinale et soulève des incertitudes en jurisprudence.

En comparant les normes de la Convention de Vienne, celles du droit interne brésilien et celles du droit interne français, on remarque qu'un prix déterminé ou déterminable est un élément nécessaire à la formation du contrat (1) et que les droits analysés acceptent que le prix soit déterminé à un moment postérieur à la conclusion du contrat (2).

2.1. L'exigence de détermination du prix comme élément du contrat

Selon les termes de l'article 14, alinéa 1^{er}, de la Convention de Vienne, la fixation explicite ou implicite d'un prix ou les indications permettant sa détermination, sont des éléments indispensables à l'existence d'une offre¹³³.

Cette norme de la Convention de Vienne ne comporte aucune exigence quant à la forme de désignation du prix. Est pleinement admissible, la référence au prix habituellement pratiqué par les contractants dans les ventes antérieurement conclues pour les produits identiques. Une clause du contrat qui fait référence au prix de catalogue peut être considérée comme une fixation implicite du prix, à la lumière de l'article 14 de la Convention de Vienne¹³⁴.

En droit brésilien, ainsi qu'en droit français, l'accord de volonté sur la chose et le prix est un élément constitutif du contrat de vente.

En droit brésilien, la fixation du prix ne peut pas être unilatérale : la fixation du prix par une seule partie contractante entraîne la nullité du contrat¹³⁵. Il est souhaitable que le prix soit fixé par les deux parties ou un tiers¹³⁶, même si la détermination du prix peut avoir lieu à un moment postérieur à la conclusion du contrat¹³⁷.

En droit français, l'article 1591 du Code civil indique que le prix doit être fixé par les parties. Si le Code civil est silencieux sur les effets de la fixation unilatérale du prix en contrat de vente, la Cour de cassation a par contre eu l'occasion de se prononcer à ce propos notamment dans les arrêts du 1^{er} décembre 1995¹³⁸. Ces arrêts ont fait couler beaucoup d'encre et selon la

¹³¹ Art. 14 CVIM.

¹³² Art. 55 CVIM.

¹³³ Une sentence rendue par le Tribunal d'arbitrage commercial international de la Chambre de commerce et d'industrie de la Fédération de Russie n'a pas appliqué l'article 55, en vertu d'une intention des parties d'établir le prix dans un moment postérieur à la formation du contrat (Sentence arbitrale rendue dans l'affaire n° 309/1993, du mars 1995, résumée sous le n° 139 - CNUDCI - Système CLOUT).

¹³⁴ Vincent Heuzé, *La vente internationale de marchandises*, cit., p. 151-152.

¹³⁵ Art. 489 du Code civil brésilien.

¹³⁶ Art. 485 du Code civil brésilien.

¹³⁷ Art. 488 du Code civil brésilien.

¹³⁸ Selon l'Assemblée Plénière de la Cour de cassation « lorsqu'une convention prévoit la conclusion de contrats ultérieurs, l'indétermination du prix de ces contrats dans la convention initiale n'affecte pas, sauf dispositions légales particulières la validité de celle-ci, l'abus dans la fixation du prix ne donnant lieu qu'à résiliation ou indemnisation ». (Arrêts n° 91-15.578 - CA Rennes, 13 février 1991 - Compagnie atlantique de téléphone c/ société Sumaco et n° 91-15.999 - CA Paris, 26 mars 1991 - Compagnie atlantique de téléphone c/ société Bechtel France). Dans un autre arrêt (n° 93-13.688 - CA Rennes, 11 février 1993 - Société Le Montparnasse c/ société GST-Alcatel Bretagne), la Cour a relevé que, « l'article 1129 du Code civil n'étant pas applicable à la détermination du prix, l'abus dans la fixation de celui-ci ne donne lieu qu'à résiliation ou indemnisation ». Dans l'arrêt n° 91-19.653 - CA Chambéry, 10 juillet 1991 - M. Vassali c/

doctrine¹³⁹, ces arrêts « ont placé la question du prix sur son véritable terrain, celui de l'exécution du contrat et non pas celui de sa formation, en acceptant que dans les contrats prévoyant la conclusion de contrats ultérieurs l'indétermination du prix n'affecte pas, sauf dispositions légales particulières, la validité de la convention initiale ». En effet, bien que la jurisprudence ait consacré plusieurs décisions à propos de la détermination du prix et les effets de son indétermination lors de la conclusion du contrat, il demeure que « le prix peut désormais être fixé en cours d'exécution par l'une des parties, le principe de l'unilatéralisme étant consacré, à la condition que cette partie ne tombe pas sous le coup de l'interdiction d'un abus dans la fixation du prix, qui donne lieu à résolution ou indemnisation »¹⁴⁰.

La possibilité de fixation du prix par un tiers ou un arbitre est envisagée par l'article 1592 du Code civil français et confirmée à plusieurs reprises par la jurisprudence¹⁴¹.

2.2. La détermination postérieure du prix

La formule adoptée par la Convention de Vienne à l'article 55 suggère qu'il est possible de conclure un contrat de vente sans fixation du prix au moment de sa conclusion¹⁴².

Selon la doctrine, il y a une contradiction apparente entre les termes de l'article 14, qui exige un prix déterminé ou déterminable, et les termes de l'article 55.

Une autre difficulté peut apparaître à propos des clauses contractuelles de détermination du prix, ainsi celle laissant le prix à la détermination unilatérale du vendeur. La question se pose de savoir si la validité de ce type de clauses relève de la *lex contractus*¹⁴³ ou de la Convention de Vienne.

On peut se prononcer, avec M. Heuzé, en faveur de la première alternative¹⁴⁴, mais cette solution est contestée par un autre courant doctrinal selon lequel la Convention de Vienne elle-même impose l'efficacité des clauses relatives à la fixation du prix¹⁴⁵. Cette importante question n'a pas encore été tranchée par la jurisprudence, mais une décision à ce sujet a été rendue par un tribunal suisse : « *Le tribunal a estimé que l'acheteur devait payer la totalité des matières livrées et non seulement les 10% utilisés. Il s'est fondé principalement sur le comportement ultérieur de l'acheteur (art. 8-3 de la CVIM), lequel avait demandé au vendeur d'envoyer la facture sans émettre de réserve alors qu'il n'avait pas été fixé par les parties, a été déterminé par le tribunal en application de l'article 55 de la CVIM* »¹⁴⁶.

M. Gagnaire, la Cour a relevé que « la clause d'un contrat de franchisage faisant référence au tarif en vigueur au jour des commandes d'approvisionnement à intervenir n'affecte pas la validité du contrat, l'abus dans la fixation du prix ne donnant lieu qu'à résiliation ou indemnisation ». (Source : Bulletin d'information n° 422 du 15/02/1996 site Internet de la Cour de Cassation.

¹³⁹ Emmanuel Gardounis, La détermination du prix dans le contrat. Étude comparée entre le droit Français et le droit Hellénique. Athènes : Ant. N. Sarkkoulas et Bruxelles : Bruylant, 2007, préc. p.629.

¹⁴⁰ Emmanuel Gardounis, La détermination du prix dans le contrat. Étude comparée entre le droit Français et le droit Hellénique, cit. p. 629.

¹⁴¹ Voir note de bas de page ci-dessous, n° **Error! Bookmark not defined.**

¹⁴² Art. 55 CVIM. Une disposition analogue est celle de l'art. 488 du Code civil brésilien.

¹⁴³ Comme le prévoit l'art. 4 CVIM.

¹⁴⁴ Vincent Heuzé est favorable à cette thèse. (Voir, de l'auteur, *La vente internationale de marchandises. Droit uniforme*, Paris : LGDJ, 1992, p. 145-155.

¹⁴⁵ C. Mouly, *La formation du contrat* In : *La Convention de Vienne sur la vente internationale et les Incoterms*, Derains et J.Ghestin (éd.), Paris : LGDJ, 1990, p. 57 et s. Comme le remarque Claude Witz, note sous Cass. civ. 1, 4 janvier 1995, *Dalloz*, 1995, p. 291.

¹⁴⁶ Bezirksgericht St.Gallen, le 3 juillet 1997. (Décision n° 215- CNUDCI - Système CLOUT).

Le système juridique brésilien admet traditionnellement que le prix peut être déterminé après la conclusion du contrat¹⁴⁷. Selon le nouveau Code civil brésilien, en l'absence de critères de fixation du prix contenus dans le contrat et à défaut d'un prix prévu par les pouvoirs publics pour le bien considéré, les parties sont présumées soumises au prix courant pratiqué habituellement par le vendeur. A défaut d'un tel prix courant et d'un accord des parties, prévaut le « prix moyen », sans que le législateur ne précise davantage ce prix moyen¹⁴⁸.

En droit français, le prix doit être déterminé et désigné par les parties (article 1591 du Code civil). Toutefois, un tiers, autre que le juge, peut être autorisé à fixer le prix (Code civil, article 1592). Comme le remarquent la jurisprudence et la doctrine, « la détermination du prix par le juge n'est possible que si les parties ont prévu à l'avance des éléments objectifs leur permettant d'ordonner une expertise »¹⁴⁹.

Comme le remarquent les auteurs¹⁵⁰, en citant une décision de la Cour de cassation française¹⁵¹, « l'exigence d'un prix 'déterminé' tend en pratique à devenir un prix 'déterminable'. Le prix peut être chiffré ou fixé à l'aide de références précises pour qu'il devienne déterminé le jour du paiement sans qu'un nouvel accord des parties soit nécessaire ».

En effet, selon une décision récente de la Cour de cassation, « dans le contrat de vente le prix peut être seulement déterminable mais il doit par la suite être déterminé pour que la vente soit parfaite »¹⁵².

B - La définition de l'acceptation

L'acceptation est l'acte du destinataire par lequel celui-ci manifeste son intention d'acquiescer à l'offre. Aux termes de l'article 18 de la Convention de Vienne, l'acceptation peut se manifester de manière expresse ou par tout autre comportement. Le texte précise qu'en principe le silence n'engage pas, tout comme l'inaction : ainsi, le silence ou l'inaction ne valent pas acceptation¹⁵³.

La doctrine observe qu'établir une « frontière entre le silence ou l'inaction qui, à eux seuls, ne peuvent valoir acceptation (art. 18, al. 1, phrase 2) d'une part, et le comportement du destinataire indiquant qu'il acquiesce à une offre (art. 18, al. 1, phrase 1) d'autre part, n'est pas toujours facile »¹⁵⁴.

Les décisions appliquant la règle selon laquelle le silence n'a pas valeur d'acceptation, sont déjà nombreuses¹⁵⁵.

¹⁴⁷ Art. 488 du Code civil brésilien.

¹⁴⁸ Art. 488 du Code civil brésilien.

¹⁴⁹ Aux pouvoirs des juges sont imposées des limites : Civ. 1, 25 nov. 2003, pourvoi n° 00-22.89, *Bull. civ.* N° 243, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2003, p. 517, obs. PYGautier. Décision citée par Anja Huber et Laurence Nicolas-Vullierme, L'accord de volontés dans le contrat de vente internationale : CVIM, Codes civils français et allemand et Code de commerce des Etats-Unis, cit., p. 818, note de bas de page n° 21 et 22.

¹⁵⁰ Anja Huber et Laurence Nicolas-Vullierme, L'accord de volontés dans le contrat de vente internationale : CVIM, Codes civils français et allemand et Code de commerce des Etats-Unis, cit., p. 818.

¹⁵¹ Cass. Civ. 1, 16 juill. 1998, *Bull. civ.* I n° 265.

¹⁵² Cass. civ. 3^e, 8 novembre 2006, n° 05-15.998, cité par Patrick Blanchard, Offre et acceptation dans la négociation du contrat international. Réflexions comparatistes, cit., note de bas de page n° 20.

¹⁵³ Art. 18.1 CVIM.

¹⁵⁴ Claude Witz, *Les premières applications jurisprudentielles de la Convention de Vienne*, cit., p. 57-58. L'auteur illustre son affirmation en commentant une décision du Tribunal régional de Krefeld, du 24 novembre 1992, où les juges décident que « le client allemand a accepté de manière concluante cette contre-offre, en ce qu'il n'a pas contredit la confirmation de commande et accepté d'être livré par l'entreprise Z ».

¹⁵⁵ On peut remarquer à ce propos, l'arrêt *Filanto*. Cette décision a été rendue par le *District Court* de New York, le 14 avril 1992. Selon la Cour, « Le destinataire d'une offre qui, sachant que l'offrant a commencé à exécuter le contrat, s'abstient de faire part à l'offrant de son

Les habitudes des parties peuvent transformer en acceptation un acte contenant en lui-même le sens d'une acceptation ; en d'autres termes, l'accomplissement d'un acte peut valoir acceptation. Ce comportement, toutefois, doit révéler que le destinataire d'une offre acquiesce aux termes et conditions établis.

Aux termes du droit brésilien, la forme de la manifestation de volonté est libre et l'acceptation peut se manifester soit par une déclaration expresse, soit par des manifestations tacites¹⁵⁶. Dans les situations où le contrat doit être conclu sans réponse effective du destinataire de l'offre, que ce soit en vertu de la nature du contrat, des termes expresses de l'offre ou encore par l'effet des usages, le comportement de l'acceptant a valeur d'acceptation. Tel est le cas lorsque l'acheteur se livre, par exemple, à des actes d'exécution de la vente ou à des actes d'appropriation ou d'utilisation de la marchandise¹⁵⁷.

Au Brésil, le nouveau Code civil contient une nouvelle disposition relative au silence : celui-ci vaut acceptation lorsque les circonstances et les usages le permettent ainsi que dans les hypothèses où aucune manifestation expresse n'est exigée¹⁵⁸. Ainsi, le silence du destinataire d'une offre peut avoir valeur d'acceptation dans l'hypothèse d'une proposition contenant un délai pour la manifestation d'un refus de l'offre.

En droit français, le silence circonstancié vaut acceptation selon une décision récente, compte tenu de l'existence d'usages commerciaux en cas de relations d'affaires antérieures¹⁵⁹.

Pour le droit brésilien, l'acceptation peut être adressée à l'auteur de l'offre soit par une déclaration expresse, soit par un comportement, soit encore par une inaction¹⁶⁰. Sauf cas

opposition, aux termes du contrat et ce dans un délai raisonnable, doit être considéré, sous certaines circonstances, avoir accepté ces termes. Cette décision est commentée par Claude Witz, *Les premières applications jurisprudentielles du droit uniforme de la vente internationale*, cit., p. 54 - 58 ; la décision est aussi commentée par Maria del Pilar Perales Viscasillas, *La aceptación por silencio en la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías: primera aplicación jurisprudencial*, In : *Derecho de los Negocios*, Madrid, 6, 1995, n° 52, p. 9-14 et par Lorena Castellet, *L' Application de la Convention de Vienne aux Etats - Unis*, In : *Revue de droit des affaires internationales*, n° 5, 1999, p. 582 - 595. En France, la Cour de cassation sans se référer expressément à la Convention de Vienne, a rejeté le pourvoi au motif que « la Cour d'appel n'a pas méconnu la règle selon laquelle le silence, à lui seul, ne vaut pas acceptation » (Cour de cassation 1ère Chambre civile, 27 janvier 1998 – Note Cl. Witz, *Recueil Dalloz*, 34ème Cahier, p. 312). La Cour d'appel de Grenoble a rendu une décision le 21 octobre 1999 à cet égard. En appliquant l'article 18 (1) CVIM, la Cour estime « qu'il y a bien eu conclusion du contrat, même en l'absence d'une acceptation expresse du vendeur ». La Cour se réfère à « la pratique des années précédentes, le vendeur ayant toujours exécuté les commandes de la société française sans exprimer son acceptation » (Décision 313 - CNUDCI - Système CLOUT).

¹⁵⁶ L'ancien article 1079 du Code civil, qui prescrivait la liberté de forme pour les manifestations de volonté, n'a pas de correspondant exact dans le Code civil de 2002. L'article 107 toutefois, se référant à la déclaration de volonté, confirme la liberté de forme. Cette règle de droit des obligations s'applique aux déclarations de volonté en général et notamment à la formation du contrat. Le nouveau Code civil a donné une valeur privilégiée à la «volonté déclarée», sans toutefois gommer les «manifestations implicites de volonté», comme c'est le cas du «silence circonstancié» prévu par l'article 111 du Code civil brésilien ; Le nouveau Code a pris ainsi parti pour la volonté déclarée, lorsqu'il prescrit que la réserve mentale ne sera pas prise en compte, sauf si le destinataire de l'émission de volonté avait connaissance de cette réserve mentale.

¹⁵⁷ Caio Mario da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, cit., v. I, n° 83. Selon Orlando GOMES, *Contratos*, cit., p. 65, l'utilisation par une personne des marchandises qui lui ont été livrées sans qu'une commande antérieure ait été expédiée constitue une acceptation si le destinataire des marchandises en se les appropriant en utilisant celles-ci, comme s'il en était le propriétaire.

¹⁵⁸ Art. 111 du Code civil brésilien. *Pour une lecture sous l'égide du Code civil brésilien de 1916, voir Miguel M. de Serpa Lopes, O silêncio como manifestação de vontade, Rua de Janeiro: A. Coelho Branco Filho, 1935. Pour une lecture sous l'égide du Code civil brésilien de 2002, voir Vera M. Jacob de Fradera, O valor do silêncio no novo Código Civil, In: Arruda Alvim et al (orgs.) Aspectos contrrovertidos do novo Código Civil, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 569-582.*

¹⁵⁹ Cass. civ. 1^{re}, 24 mai 2005, 02-15188.

¹⁶⁰ Art. 432 du Code civil brésilien. Orlando Gomes, *Contratos*, cit., p. 51 rappelle qu'il faut distinguer entre le comportement qui caractérise une omission, le comportement concludant et l'inaction, qui sont souvent comprises dans la catégorie de déclarations tacites. Cette distinction permet de faire une deuxième distinction : celle de «silence circonstancié», qui caractérise une présomption

exceptionnel, si le destinataire d'une offre n'envoie pas sa réponse dans le délai fixé, l'auteur de l'offre peut considérer comme acceptés les termes de sa proposition si les circonstances ne requièrent pas une acceptation expresse ou si l'offrant a déclaré celle-ci comme non indispensable¹⁶¹, ce qui est contraire aux termes établis dans l'article 18. 2 de la Convention de Vienne¹⁶².

§ 2 – Le moment de la conclusion du contrat

Selon les termes de la Convention de Vienne, « *le contrat est conclu au moment où l'acceptation d'une offre prend effet conformément aux dispositions de la présente Convention* »¹⁶³.

Le droit interne brésilien ne dispose pas d'une règle semblable, mais la rencontre de l'offre et de l'acceptation caractérise la conclusion du contrat¹⁶⁴.

Par contre, des divergences apparaissent entre le système adopté par la Convention de Vienne et les normes de droit interne de la vente au Brésil, quant aux systèmes adoptés pour la détermination du moment de la conclusion du contrat.

Pour la conclusion du contrat de vente internationale de marchandises, et pour l'ensemble des manifestations de volontés, la Convention de Vienne a adopté le système dit de la réception¹⁶⁵ : l'offre ne prend effet qu'une fois parvenue au destinataire¹⁶⁶ ; il en va de même quant à son rejet¹⁶⁷ et son acceptation¹⁶⁸.

Le contrat est conclu au moment où l'acceptation ou toute autre manifestation d'intention « *parvient* » à son destinataire ; selon l'article 24 CVIM, la manifestation d'intention est censée parvenir au destinataire « *lorsqu'elle lui est faite verbalement ou est délivrée par tout autre moyen au destinataire lui-même, à son établissement, à son adresse postale ou, s'il n'a pas d'établissement ou d'adresse postale, à sa résidence habituelle* »¹⁶⁹.

Au Brésil, le système adopté pour la conclusion du contrat est celui dit de l'expédition. Selon le droit interne brésilien, les contrats entre absents sont considérés conclus dès que l'acceptation est « *expédiée* », sauf dans l'hypothèse de rétractation de l'acceptation, dans l'hypothèse où l'offrant se dispose à attendre une réponse et dans le cas où l'acceptation n'arriverait pas à son destinataire dans le délai fixé¹⁷⁰.

de volonté, et l'action de volonté. La valeur attribuée au silence dépendra des circonstances de fait et devra être inférée d'un comportement qui caractérise une omission. Dans le même sens, Antônio Junqueira de Azevedo, *Negócio jurídico : existência, validade e eficácia*, cit., p. 129 -132. Selon l'auteur, le silence comme forme d'acceptation fait naître un droit à dommages-intérêts lorsque le contractant agit de mauvaise foi ou lorsque le silence fait naître une expectative dans la sphère juridique de l'autre contractant. Voir également, Maristela Basso, *Contratos internacionais*, cit., p. 38-40. Selon l'auteur, le silence doit être accepté, sous réserve, comme manifestation de volonté dans les contrats internationaux.

¹⁶¹ Cf. art. 432 du Code civil brésilien. Dans ces hypothèses, le silence est qualifié par la doctrine de « *silêncio circunstanciado* » (Orlando Gomes, *Contratos*, p. 51) et de « *silêncio conclusivo* » (Caio Mario da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, cit., p. 19). La doctrine rappelle que le silence circonstancié ne signifie pas acceptation si l'offre contient des clauses comminatoires, selon lesquelles l'objet sera considéré comme livré, s'il n'est pas récusé dans un délai déterminé (Orlando GOMES, *Contratos*, cit., p. 52).

¹⁶² Art. 18. 2 CVIM.

¹⁶³ Art. 23 CVIM.

¹⁶⁴ Art. 482 du Code civil brésilien.

¹⁶⁵ Art. 23 CVIM.

¹⁶⁶ Art. 15 CVIM.

¹⁶⁷ Art. 17 CVIM.

¹⁶⁸ Art. 18.2 CVIM.

¹⁶⁹ Selon l'article 24 CVIM. *Cet article constitue une aide à l'interprétation en prononçant une définition légale du mot 'parvient' dans le sens de la Convention* » Birgit Riemer, *La vente internationale de marchandises*, Mémoire, Berlin, 2000, p. 9.

¹⁷⁰ Art. 434 du Code civil brésilien.

En France, l'article 1369-5¹⁷¹ établit que dans le cadre des contrats conclus par voie électronique, « pour que le contrat soit valablement conclu, le destinataire de l'offre doit avoir eu la possibilité de vérifier le détail de sa commande et son prix total, et de corriger d'éventuelles erreurs, avant de confirmer celle-ci pour exprimer son acceptation. L'auteur de l'offre doit accuser réception sans délai injustifié et par voie électronique de la commande qui lui a été ainsi adressée et la commande, la confirmation de l'acceptation de l'offre et l'accusé de réception sont considérés comme reçus lorsque les parties auxquelles ils sont adressés peuvent y avoir accès ».

Les exceptions sont prévues pour les cas où « les contrats de fourniture de biens ou de prestation de services sont conclus exclusivement par échange de courriers électroniques »¹⁷², et les dérogations sont prévues dans les hypothèses où les conventions sont conclues entre professionnels¹⁷³.

La simplicité est prônée par l'article 1369-7 du Code civil, selon lequel, « Une lettre simple relative à la conclusion ou à l'exécution d'un contrat peut être envoyée par courrier électronique. L'apposition de la date d'expédition résulte d'un procédé électronique dont la fiabilité est présumée, jusqu'à preuve contraire, lorsqu'il satisfait à des exigences fixées par décret en Conseil d'Etat »¹⁷⁴.

Pour la formation du contrat, une interaction entre ses actes constitutifs est forcément nécessaire ; ainsi, il faut analyser d'abord les effets de l'offre (A) puis les effets de l'acceptation (B), pour extraire les points de convergence et de divergence entre le système interne brésilien et la Convention de Vienne.

A - Les effets de l'offre

Le principal effet de l'offre est son effet attributif : l'offre est une déclaration de volonté qui se caractérise comme un « droit formateur générateur ». Son émission fait naître dans le patrimoine de son auteur un *vinculum iuris*¹⁷⁵ ; la réception de l'offre par son destinataire fait naître dans le patrimoine de son destinataire un « véritable droit subjectif » de conclure le contrat – le droit d'acceptation¹⁷⁶.

Selon le système de la Convention de Vienne et le droit interne brésilien, il est possible de rétracter et de révoquer l'offre. « La révocation se distingue de la rétractation en ce qu'elle concerne une offre qui a pris effet »¹⁷⁷.

Selon M. AUDIT, « rétractation et révocation sont dans la convention deux notions biens distinctes : la première est susceptible d'intervenir avant que l'offre soit parvenue au destinataire, la seconde après. Lorsqu'une offre est valablement rétractée, les règles relatives à la révocation (art. 16) sont sans application aucune »¹⁷⁸.

¹⁷¹ Créé par l'Ordonnance 2005-674, du 16 juin 2005, art. 1 I, III JORF 17 juin 2005.

¹⁷² Art. 1369-6 du Code civil : « Il est fait exception aux obligations visées aux 1° à 5° de l'article 1369-4 et aux deux premiers alinéas de l'article 1369-5 pour les contrats de fourniture de biens ou de prestation de services qui sont conclus exclusivement par échange de courriers électroniques ».

¹⁷³ Il peut, en outre, être dérogé aux dispositions de l'article 1369-5 et des 1° à 5° de l'article 1369-4 dans les conventions conclues entre professionnels (partie finale de l'article 1369-6 du Code civil français).

¹⁷⁴ Des détails sur l'expédition, la date et la présomption de lecture de la lettre et des communications électroniques sont fournis par les articles 1369-8 et 1369-9 du Code civil français.

¹⁷⁵ Selon les termes de l'article 427 du Code civil brésilien.

¹⁷⁶ Eddy Lamazerolles, *Les apports de la Convention de Vienne au droit interne de la vente*, Thèse, Poitiers, 2000, p. 54 et s.

¹⁷⁷ Bernard Audit, *La vente internationale de marchandises*, cit., p. 60.

¹⁷⁸ Art. 428. IV du Code civil brésilien.

Dans la première hypothèse, prévue par l'article 15. 2, de la Convention¹⁷⁹, la rétractation devra parvenir au destinataire avant ou en même temps que l'offre. Cette possibilité découle du fait que l'offre ne prend effet qu'à la date de réception par son destinataire¹⁸⁰. Jusqu'à ce moment, son auteur est libre de revenir sur sa proposition.

La deuxième hypothèse est prévue par l'article 16. 1 de la Convention de Vienne¹⁸¹, qui envisage la possibilité de révocation d'une offre si cette révocation parvient au destinataire avant que celui-ci ait expédié une acceptation. Dans cette hypothèse, la Convention applique la théorie de l'émission, « *afin de ne pas conférer à l'offrant un avantage prolongé* »¹⁸².

Selon la Convention de Vienne, une offre ne peut pas être révoquée si elle indique, en fixant un délai déterminé pour l'acceptation, qu'elle est irrévocable, si elle indique qu'elle est irrévocable et s'il était raisonnable pour le destinataire de considérer l'offre comme irrévocable et s'il a agi en conséquence¹⁸³.

La première hypothèse ne présente pas de difficultés si l'irrévocabilité a été stipulée en termes exprès. La question se pose de savoir si l'irrévocabilité peut être implicite. La Convention l'admet, mais l'interprétation des cas d'irrévocabilité implicite devra être effectuée à la lumière de l'article 8 de la Convention¹⁸⁴.

Le deuxième cas d'irrévocabilité d'une offre, prévu par la Convention de Vienne, impose deux conditions, cumulativement exigées. Selon la première condition, il faut que l'offre n'ait été ni expressément, ni implicitement stipulée comme irrévocable par son auteur et qu'elle soit de nature à faire naître une présomption d'irrévocabilité¹⁸⁵. La deuxième condition se rapporte au comportement du destinataire de l'offre, qui doit avoir agi en conséquence de sa croyance raisonnable de l'irrévocabilité, comme par exemple, dans les actes d'exécution du contrat, d'appropriation ou d'utilisation de la marchandise.

Si la Convention de Vienne admet l'hypothèse de la révocation de l'offre, elle ne se prononce pas quant aux effets de la révocation. La réponse à cette question est donnée par la doctrine.

Comme l'observe M. Vincent Heuzé, dans cette hypothèse, il faut appliquer par analogie les articles 74 et suivants de la Convention de Vienne relatifs aux dommages-intérêts qui peuvent être dus par l'une des parties à raison d'une contravention aux obligations nées d'un contrat valablement conclu¹⁸⁶.

¹⁷⁹ Art. 15. 2 CVIM.

¹⁸⁰ Art. 15. 1 CVIM.

¹⁸¹ Art. 16. 1 CVIM.

¹⁸² Bernard Audit, *La vente internationale de marchandises*, cit., p. 61.

¹⁸³ Art. 16. 2 CVIM.

¹⁸⁴ Comme le remarque Bernard Audit (*La vente internationale de marchandises*, cit., p. 61), « *A vrai dire, la fixation d'un délai signifie incontestablement que l'acceptation donnée après son expiration sera sans valeur mais elle n'emporte pas de soi que l'offre est irrévocable. L'on pourrait donc n'y voir qu'une présomption d'irrévocabilité, à charge pour l'offrant de faire la preuve contraire* ». Selon l'auteur, les formules que pourront contenir la clause implicite d'irrévocabilité devront être interprétées à la lumière de l'article 8 de la Convention de Vienne. Les difficultés de preuve qui se présentent à l'auteur de l'offre par l'application de l'alinéa a de l'article 16 seront atténuées par l'application d'alinéa b, du paragraphe 2 de l'article 16 de la CVIM « *s'il était raisonnable pour le destinataire de considérer l'offre comme irrévocable et s'il a agi en conséquence* ».

¹⁸⁵ Vincent Heuzé, op. cit., p. 160, observa qu'« *En effet, on a vu que le principe retenu par la CVIM était celui de la libre révocabilité de l'offre. Il sera, dès lors, difficile d'admettre, dans un cas donné, que la croyance de son destinataire en son irrévocabilité, serait-elle avérée, aura été raisonnable* ».

¹⁸⁶ Vincent Heuzé, *La vente internationale de marchandises*, cit., p. 161-162.

Si l'on adopte la thèse du contrat non conclu, la Convention de Vienne ne réglant pas la phase des *pourparlers*, il faut prendre partie pour l'application des principes généraux dont s'inspire la Convention et, le cas échéant, pour l'application du droit national indiqué pour régler les questions de fond non tranchées par la Convention elle-même.

En ce qui concerne l'inefficacité de l'offre, il faut encore relever la possibilité de caducité de l'offre.

La Convention de Vienne envisage deux hypothèses de caducité de l'offre - le rejet de l'offre par son destinataire¹⁸⁷ et l'expiration du délai fixé par l'offrant¹⁸⁸. Ces deux hypothèses soulèvent des difficultés.

Dans l'article 19, alinéa 1^{er}, la Convention de Vienne règle le cas dans lequel l'acceptation ne correspond pas exactement à l'offre. Cette hypothèse, fréquente dans les relations commerciales, se présente le plus souvent lors de l'échange des conditions générales de vente et d'achat qui peuvent se contredire. La Convention de Vienne ne prévoit aucune réglementation particulière aux conflits entre conditions générales. La doctrine¹⁸⁹ préconise l'application de la règle posée par l'article 19.

En cas de discordance entre l'offre et la réponse, l'article 19, alinéa 1^{er} de la Convention de Vienne formule le principe selon lequel une telle réponse vaut rejet de l'offre ou contre-offre.

Le rejet de l'offre peut être considéré comme un rejet pur et simple ou comme une contre-offre¹⁹⁰, dès lors que la réponse de l'acceptant est suffisamment précise¹⁹¹.

Une contre-offre nécessite elle-même une acceptation pour que le contrat soit formé. Adoptant la règle du « *consensus ad idem* », qualifiée en *common law* de « *mirror image rule* »¹⁹², l'article 19 alinéa 2 énonce que seules les modifications essentielles apportées par une réponse constitue une contre-offre. Ainsi, la question qui se pose est celle de savoir quand les modifications « altèrent substantiellement les termes de l'offre ». L'article 19, alinéa 3 fournit une liste de telles modifications ; les éléments de cette liste montrent que la plupart des situations tomberont sous l'hypothèse formulée par l'article 19, alinéa 1^{er} et que la solution retenue par la Convention de Vienne est celle du dernier mot - *last shot*, en *common law*. Selon cette théorie, la partie qui a envoyé en dernier ses conditions voit ses conditions l'emporter sur celles de l'autre partie¹⁹³.

Selon M. Bernard Audit, l'article 19, alinéa 2 « énonce qu'une réponse qui tend à l'acceptation d'une offre mais qui contient des éléments complémentaires ou différents n'altérant pas sensiblement les termes de l'offre constitue une acceptation. Le contrat est donc formé et la fin du texte précise qu'il l'est

¹⁸⁷ C'est l'hypothèse de l'article 17 de la CVIM.

¹⁸⁸ Cette hypothèse est prévue par l'article 18.2 de la CVIM.

¹⁸⁹ Claude Witz, note sous Cass. 1ère civ. *Dalloz* 1999, p. 117. Christian Mouly, Formation du contrat de vente, In : *La Convention de Vienne sur la vente internationale et les Incoterms*, cit., p. 65.

¹⁹⁰ La question est posée par l'article 19.1 de la CVIM. On relève une décision rendue par l'« *Oberlandesgericht Hamm* », le 22 septembre 1992 (décision commentée par Claude Witz, *Les premières applications jurisprudentielles du droit uniforme de la vente internationale de marchandises*, cit., p. 58-59). (Décision n° 227 - CNUDCI Système CLOUT).

¹⁹¹ L'« *Oberlandesgericht Frankfurt* » a eu l'occasion de se manifester à cet égard dans la décision du 4 mars 1994. (Décision n° 121 - CNUDCI Système CLOUT).

¹⁹² Bernard Audit, *La vente internationale de marchandises*, cit., n° 70, p. 68-70.

¹⁹³ Christian Mouly, *Que change la Convention de Vienne sur la vente internationale par rapport au droit français interne ?* In : *Recueil Dalloz Sirey*, 1991, 11^e Cahier, Chronique, p. 77-79, p. 77-78.

*aux conditions de l'offre avec les modifications comprises dans l'acceptation. C'est l'application de la théorie du dernier mot (ou last shot)*¹⁹⁴.

L'expiration du délai de l'acceptation peut engendrer deux situations. La première est celle où l'acceptation est tardive, mais qu'elle produira néanmoins effet si l'offrant communique sans retard à l'acceptant qu'il veut conclure le contrat ; dans ce cas, l'offre n'est pas caduque¹⁹⁵. La deuxième situation est celle où l'expiration du délai est due à une défaillance des moyens de communication : l'acceptation est efficace, à moins que l'offrant ne notifie à l'acceptant que son offre est caduque¹⁹⁶.

La notion de contre-offre est liée à la notion d'acceptation, soit par l'altération substantielle des termes de l'offre, soit comme effet d'une acceptation tardive¹⁹⁷.

Il y a altération substantielle des termes de l'offre lorsque son destinataire introduit des éléments complémentaires ou différents relatifs aux éléments essentiels de l'offre, tels que le prix, le paiement, la qualité et la quantité des marchandises, le lieu et le moment de la livraison, l'étendue de la responsabilité d'une partie à l'égard de l'autre ou le règlement des différends¹⁹⁸.

Deux cas peuvent alors se présenter¹⁹⁹ : soit l'offrant « *dénonce expressément à l'acceptant les différences séparant les termes de la réponse de ce dernier et ceux de sa proposition 'sans retard injustifié'* », auquel cas le contrat ne sera pas conclu ; soit au contraire l'auteur de l'offre ne réagit pas, auquel cas « *les termes du contrat sont ceux de l'offre, avec les modifications comprises dans l'acceptation* »²⁰⁰.

En droit brésilien, l'émission d'une offre oblige l'offrant, à moins que l'offre ne contienne une stipulation contraire ou que la nature de l'affaire et les circonstances de la cause ne s'y opposent²⁰¹.

Les propositions adressées aux personnes présentes n'obligent pas leur auteur, si elles sont faites sans délai préfixé et si elles ne sont pas suivies d'une acceptation immédiate²⁰².

Quant aux propositions adressées à des personnes absentes, trois hypothèses peuvent se présenter. L'offre n'est pas obligatoire si la proposition ne comporte pas de délai et qu'un temps suffisant s'est écoulé sans que l'acceptation ne soit parvenue à l'auteur de l'offre. De même, l'offrant n'est pas lié dans l'hypothèse où un délai d'acceptation a été fixé et que la réponse n'a pas été expédiée durant ce délai. L'offre n'est pas davantage obligatoire si sa rétractation parvient au destinataire avant ou en même temps que l'offre²⁰³.

Dans l'hypothèse de la rétractation de l'offre, le droit brésilien adopte la théorie de la réception, en symétrie avec la Convention de Vienne qui, rappelons-le, adopte également la théorie de la réception²⁰⁴.

¹⁹⁴ Bernard Audit, *La vente internationale de marchandises*, cit., n° 70, p. 68-70.

¹⁹⁵ C'est l'hypothèse prévue par l'article 21.1 de la CVIM.

¹⁹⁶ Art. 21.2 CVIM.

¹⁹⁷ Les termes des alinéas 2 et 3 de l'article 19 de la Convention de Vienne, présentent la notion de contre-offre.

¹⁹⁸ Comme le prévoit l'alinéa 3 de l'article 19 CVIM.

¹⁹⁹ Comme le prévoit l'alinéa 2 de l'article 19 CVIM.

²⁰⁰ Vincent Heuzé, *La vente internationale de marchandises*, cit., p. 166.

²⁰¹ Art. 427 du Code civil brésilien.

²⁰² Alinéa I de l'art. 428 du Code civil brésilien.

²⁰³ Alinéas II à IV de l'art. 428 du Code civil brésilien.

²⁰⁴ Art. 15.2 CVIM.

Dans l'hypothèse de la révocation de l'offre, la Convention de Vienne adopte, rappelons-le, la théorie de l'émission²⁰⁵.

Le destinataire doit recevoir la rétractation avant ou en même temps que l'offre. Si la rétractation parvient à son destinataire après la réception de l'offre, mais avant qu'il n'ait expédié une acceptation, le contrat ne sera pas conclu.

Selon le droit interne brésilien, qui adopte la théorie de l'expédition de l'acceptation pour déterminer le moment de conclusion du contrat, la rétractation est inefficace si la rétractation parvient au destinataire de l'offre après l'expédition de l'acceptation. Dans cette hypothèse, on est en présence d'une révocation.

En droit brésilien, l'offre est en principe irrévocable. Il ne s'agit que d'une règle de principe, car l'offrant peut exclure le caractère d'irrévocabilité de son offre en indiquant expressément cette possibilité, selon les termes de l'article 427 du Code civil de 2002.

En droit français, comme en droit brésilien, l'offre prend effet par son envoi au destinataire²⁰⁶ et est, en principe, révocable, dès qu'elle n'est pas parvenue à son destinataire. La rupture abusive des négociations préliminaires, faute de précisions dans les deux Codes civils, peut engager une responsabilité extracontractuelle. Comme le relève la doctrine : « *l'interruption abusive des négociations par le fait d'une partie relèverait des conséquences de la rupture abusive des pourparlers, et engagerait une responsabilité délictuelle* »²⁰⁷.

La question qui se pose à propos de la possibilité de rétractation de l'offre en droit français est celle de savoir s'il est possible de se rétracter lorsque l'acceptation n'a pas été encore émise par le destinataire d'offre²⁰⁸. La doctrine française tend à distinguer entre « *les offres assorties de délai et celles qui ne le sont pas. Si l'offre comporte un délai, elle doit être maintenue pendant toute sa durée par le pollissant. Si l'offre ne comporte aucun délai, elle peut être révoquée aussi longtemps que l'on n'a pas reçu de la part de son destinataire une acceptation* »²⁰⁹.

Les auteurs remarquent « *l'utilisation de plus en plus fréquente par le juge du fond du 'délai raisonnable' qui tend à atténuer la différence entre offre avec ou sans délai* ». Selon les auteurs, « *en raison des circonstances de l'espèce, le juge peut estimer que l'offre sans délai en comportait implicitement un* »²¹⁰, l'offre ne pouvant alors être révoquée avant l'expiration de ce délai²¹¹.

²⁰⁵ Art. 16. 1 CVIM.

²⁰⁶ Cass. com. 6 mars 1990, *Bull. civ.* IV n° 74. Voir en doctrine, Luc GRYNBAUM, Contrats entre absents : les charmes évanescents de la théorie de l'émission de l'acceptation, In : *Le Dalloz*, n° 26/7123^e, juillet 2003, p. 1706-1710, cité par Iacyr de Aguiar Vieira, La Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises et son applicabilité au Brésil, cit., ainsi que par Anja Huber et Laurence Nicolas-Vullierme, L'accord de volontés dans le contrat de vente internationale : CVIM, Codes civils français et allemand et Code de commerce des Etats-Unis, cit., p. 820, note de bas de page n° 39.

²⁰⁷ Patrick Blanchard, Offre et acceptation dans la négociation du contrat international. Réflexions comparatistes, cit., p. 15. Christian Larroumet, *Droit civil*, Les Obligations, Le Contrat, 2^e partie, Effets, cit., p. 617.

²⁰⁸ Cass. com. 7 janv. 1981, *Bull. civ.* IV n° 14. Décision citée par Anja Huber et Laurence Nicolas-Vullierme, L'accord de volontés dans le contrat de vente internationale : CVIM, Codes civils français et allemand et Code de commerce des Etats-Unis, cit., p. 820, note de bas de page n° 40.

²⁰⁹ Anja Huber et Laurence Nicolas-Vullierme, L'accord de volontés dans le contrat de vente internationale : CVIM, Codes civils français et allemand et Code de commerce des Etats-Unis, cit., p. 820. Les auteurs se réfèrent à l'arrêt Cass. civ. 17 déc. 1958, *D.*, 1959, J. p. 33.

²¹⁰ Cass. civ. 3, 15 déc. 1999, pourvoi n° 98-10.295.

²¹¹ Anja Huber et Laurence Nicolas-Vullierme, L'accord de volontés dans le contrat de vente internationale : CVIM, Codes civils français et allemand et Code de commerce des Etats-Unis, cit., p. 820, note de bas de page n° 42.

Cette notion de 'délai raisonnable' a été également utilisée en droit français en ce qui concerne le délai du destinataire d'offre envoyer l'acceptation²¹².

On voit là une influence de la Convention de Vienne sur le droit interne français. Cette Convention utilise la notion de délai raisonnable maintes fois, comme un *standard de comportement*.

B - Les effets de l'acceptation

Aux termes de la Convention de Vienne, l'acceptation d'une offre prend effet au moment où elle parvient à l'auteur de l'offre²¹³.

Rappelons que l'acceptation ne produit aucun effet si elle modifie substantiellement les termes de l'offre : selon les termes de l'article 19 de la Convention de Vienne, « Une réponse qui tend à être l'acceptation de l'offre mais qui contient des additions, des limitations ou autres modifications, est un rejet de l'offre et constitue une contre-offre ».

Le droit brésilien consacre une formule identique et considère l'acceptation tardive comme une contre-offre²¹⁴. L'acceptation tardive ne produit pas d'effet en tant qu'acceptation, même si le retard est dû à des motifs imprévus. Toutefois, l'auteur de l'offre doit communiquer ce retard à l'acceptant, sous peine de versement de dommages et intérêts²¹⁵.

Sur ce point, la Convention de Vienne adopte une position contraire. L'article 21, alinéa 1^{er}, attribue effet à l'acceptation tardive si l'offrant notifie, sans retard, à l'acceptant que son acceptation est efficace. Selon l'article 21, alinéa 2 de la Convention de Vienne²¹⁶, il est présumé que l'acceptation est efficace et que le contrat est conclu dans le délai pré-établi, à moins que l'offrant ne notifie immédiatement à l'acceptant que son offre est caduque²¹⁷.

L'autre hypothèse d'inefficacité de l'acceptation prévue par la Convention et par le droit brésilien est celle de la rétractation de l'acceptation. La rétractation de l'acceptation est admise selon l'article 22 de la Convention de Vienne. La condition requise est que la rétractation parvienne à l'auteur de l'offre avant ou au même moment que l'acceptation²¹⁸. Cette condition est également admise par le droit interne brésilien, qui consacre à cet égard la théorie de la réception²¹⁹.

En droit français, « l'acceptation doit être pure et simple pour aboutir à la formation du contrat. Tant qu'il n'y a pas accord sur les éléments essentiels du contrat, la jurisprudence française estime qu'il n'y a pas contrat mais avant-contrat »²²⁰.

²¹² Cass. civ. 1, 2 mars 1999, pourvoi n° 97-14.921 ; Cass. civ. 3^e, 20 mai 1992, *Bull. civ.* III, n° 164. Décisions citées par Anja Huber et Laurence Nicolas-Vullierme, L'accord de volontés dans le contrat de vente internationale : CVIM, Codes civils français et allemand et Code de commerce des Etats-Unis, cit., note de bas de page n° 42. Une autre décision rendue également par la Cour de cassation française, va dans le même sens, en utilisant une conception large du délai raisonnable, comme le remarque Patrick Blanchard, Offre et acceptation dans la négociation du contrat international. Réflexions comparatistes, cit., p. 21, note de bas de page n° 81 ; Cass. 3^e civ., 25 mai 2005 pourvoi n° 03-19.411.

²¹³ Art. 18.2 CVIM.

²¹⁴ En cas de retard dans son expédition ou sa réception, l'acceptation tardive peut être considérée comme une contre-offre selon les dispositions de l'art. 431 du Code civil brésilien.

²¹⁵ Art. 430 du Code civil brésilien.

²¹⁶ Art. 21.1 CVIM.

²¹⁷ Art. 21.2 CVIM.

²¹⁸ Art. 22 CVIM.

²¹⁹ Art. 433 du Code civil brésilien.

²²⁰ Anja Huber et Laurence Nicolas-Vullierme, L'accord de volontés dans le contrat de vente internationale : CVIM, Codes civils français et allemand et Code de commerce des Etats-Unis, cit., p. 821.

En droit français l'acceptation doit être expresse et devant le silence du destinataire de l'offre il n'y a pas en principe acceptation²²¹. Les exceptions sont possibles, en raison des usages, comme le prévoit l'article 1135 du Code civil français²²².

En ce qui concerne l'acceptation avec modification, c'est encore la jurisprudence qui donne les traces en droit français : « toute réponse différente équivaut non à une acceptation de l'offre mais à une nouvelle offre »²²³.

A partir de cette nouvelle offre, on recommence les négociations précontractuelles, qui pourront aboutir soit à la conclusion du contrat soit à son échec.

²²¹ La jurisprudence est ancienne : Req. 29 mars 1938, *DP* 1939, 1., note Voinn. Décision citée par Anja Huber et Laurence Nicolas-Vullierme, *L'accord de volontés dans le contrat de vente internationale* : CVIM, Codes civils français et allemand et Code de commerce des Etats-Unis, cit., note de bas de page n° 47.

²²² Anja Huber et Laurence Nicolas-Vullierme, *L'accord de volontés dans le contrat de vente internationale* : CVIM, Codes civils français et allemand et Code de commerce des Etats-Unis, cit., p. 821.

²²³ Comme par exemple, les décisions Civ. 1, 2 déc. 1997, *Bull. civ.* I, n° 341 ; Civ. 2, 16 mai 1990, *Bull. civ.* II n° 98, citées par Anja Huber et Laurence Nicolas-Vullierme, *L'accord de volontés dans le contrat de vente internationale* : CVIM, Codes civils français et allemand et Code de commerce des Etats-Unis, cit., p. 822 et note de bas de page n° 54.