

# CONTRATS D'AFFAIRES ET DE DISTRIBUTION

D. Mainguy  
Professeur à la faculté de droit de Montpellier

2014

[dmainguy@wanadoo.fr](mailto:dmainguy@wanadoo.fr)  
[www.daniel-mainguy.fr](http://www.daniel-mainguy.fr)

## Avertissement

*Ce travail destiné aux étudiants du Cour de droit de la distribution est l'abauche d'un ouvrage dont seules les parties utiles au cours sont ici présentée.*

# PARTIE 1

## DROIT DES CONTRATS D'AFFAIRES

### TITRE 1. – LA NEGOCIATION DES CONTRATS D'AFFAIRES

<sup>1</sup> Les modalités de préparation d'un contrat et, par conséquent, de l'intervention juridique qui précède l'avant-contrat diffèrent très sensiblement selon les types de contrats. Pour les contrats « d'adhésion », le rôle des contractants consiste sans débat préalable à convenir de l'application à leur situation particulière de règles générales posées par anticipation par l'un d'entre eux : on est alors face à des formes de « *yes-no contracts* ». Le débat précontractuel se limite ici à la présentation, éventuelle d'ailleurs, d'un contrat, formellement ou non, dont seule une réponse « oui » ou « non » est attendue, et dont l'efficacité dépend de l'habileté du rédacteur du document sur lequel se fonde l'accord.

La construction de l'accord peut, enfin, être l'objet d'une procédure d'échanges, de discussions aboutissant à un contrat

négocié. C'est essentiellement la préparation de pareils contrats qui interroge..

2 Ce temps précédant la formation de l'accord est occupé par divers échanges ayant pour objectif la conclusion de ce contrat et pour moyen un ensemble d'échanges multiformes que nous dénommerons « *négociation* » ou « *pourparlers* » termes peu spécifiques et empruntant au discours diplomatique, ou encore « *phase précontractuelle* » voire « *avant contrat* », formule assez ambiguë dans la mesure où, sans «-», l'« avant contrat » renvoie à l'idée générale de tout ce qui se présente avant le contrat, la négociation donc, et avec, l'« avant-contrat » désignant parfois les contrats préparatoires de la négociation.

On observe alors que le terme « négociation » est, comme de nombreux termes juridiques, ambivalent. Il identifie d'une part des procédés, des échanges, des discours, des palabres, que l'on peut désigner comme des « pourparlers », ou bien qu'on désigne comme la « négociation », le « *bargaining* ».

Il identifie d'autre part une période, celle de « l'avant contrat ». Avant le contrat, en effet, existe une période, la période précontractuelle, l'avant contrat, qui est, nécessairement, une période extracontractuelle. Le contrat, la période contractuelle, en effet, est celle où des effets produits par le contrat naissent, des effets obligatoires pour les plus remarquables d'entre eux, les obligations. Ce qui se déroule avant la période contractuelle, la période précontractuelle, est tout aussi bien désignée comme la « négociation ».

La négociation, l'avant contrat, c'est donc un ensemble d'actes ou d'actions et une période. Tout contrat est précédé d'une telle période de négociation, plus ou moins longue, plus ou moins intense, plus ou moins construite, mais tous ne sont pas précédés d'actes ou d'actions de négociation.

La négociation ainsi conçue s'applique à la recherche de multiples solutions dans des domaines et à des occasions extrêmement durs qui relèvent aussi bien de la diplomatie que du règlement des conflits individuels ou collectifs que de la plupart des accords commerciaux. Elle se caractérise par une volonté d'aboutir, un désir de conclure. Elle suppose la détermination des

éléments « négociables » et par là-même, des éléments « non négociables ».

Elle suppose surtout un cadre juridique. Le cadre juridique général est la liberté contractuelle et ses déclinaisons : liberté de conclure un contrat, liberté de ne pas conclure un contrat, liberté de discuter le contenu du contrat, y compris l'ensemble de ses atteintes. Le cadre juridique particulier est constitué de l'ensemble des règles juridiques, certaines relativement floues ou établies sur des standards juridiques, comme les notions de « *faute* », de « *bonne foi* », d'« *abus* », etc., d'autres précises comme les règles prévalant en présence d'un contrat de la négociation.

En toute hypothèse, la négociation du contrat dépasse la présentation classique de la formation du contrat comme reposant sur la conjonction d'une *offre*, ferme et précise et d'une *acceptation* concordante portant sur les éléments essentiels du contrat. SI en effet, cette description convient pour disséquer et figurer la notion de « *consentement* » et donc identifier le moment où il est rassemblé, voire sa validité ou son intégrité, selon les canons classiques du droit des obligations, absence de vice du consentement, existence d'un objet licite, d'une cause valable, etc., elle ne prend pas en compte la *mécanique* de la négociation. Ainsi, la notion d'offre ne prend pas en compte la question du support de celle-ci, pas davantage que l'hypothèse de sa rencontre avec une acceptation n'envisage les diverses étapes, les méthodes, les actes, les difficultés, le temps, qu'ont rencontrés les négociateurs pour y parvenir et, surtout, pour ne point parvenir à cette rencontre. La description du consentement comme la somme d'une offre et d'une acceptation rend compte de la conclusion effective d'un contrat banal, elle ne rend pas compte de la non conclusion d'un contrat ou de la négociation d'un contrat complexe.

En outre, l'observation des règles relatives à la négociation du contrat est différente de celle de la *validité du contrat* ou d'une clause.

Sans doute, le *test de validité* doit être une étape du raisonnement d'un juriste sérieux avant la conclusion du contrat, mais cette étape est, par nature, anticipative et hypothétique (cf. supra, n° ), alors que la vérification que ce test était réaliste, ne

s'effectuera qu'après la conclusion du contrat, à l'occasion d'un litige : même un contrat *invalide* fait l'objet d'une négociation.

3 La question de la négociation est générale, peu important la nature du contrat négocié. Si par exemple on peut aisément concevoir que la plupart des contrat usuel ne sont pas précédés par des *actes* de négociations, il ne s'ensuit pas qu'il existerait des contrat qui ne serait pas précédé d'un temps de l'avant contrat : même une vente banale est précédée d'un tel temps, une invitation à conclure la vente, publicité, offre, etc. dont le traitement juridique est envisagé, lourdement d'ailleurs, par l'appréciation de la qualité de l'offre, par le respect d'une obligation d'information précontractuelle ou encore par l'appréciation de la présence ou de l'absence d'une invitation trompeuse à conclure le contrat.

C'est en ce sens que la négociation peut être envisagée, largement, comme l'ensemble des étapes, peu ou très consistantes, courtes ou longues, contractualisées ou non contractualisées, qui précèdent la conclusion d'un contrat.

4 Il est clair cependant que ce sont les négociations les plus longues ou les plus complexes, celles qui portent sur des intérêts importants qui attirent l'attention des juristes. Dans le même temps cette notion d'intérêt peut être présentée de plusieurs manières.

Par exemple la négociation d'un contrat simple aux intérêts considérables, comme la vente d'un navire, d'un avion, de titres, d'une marque, d'un brevet, appelle une négociation lourde. De même la négociation d'un contrat complexe emporte souvent une négociation complexe. Cette complexité peut reposer sur le fait que l'objet de la négociation est originale, par exemple parce qu'elle est un *montage juridique* dont les conditions d'appréciation, juridiques, concurrentielles, fiscales, internationales, etc., impliquent des études, des coûts, des choix, des délais. Elle peut reposer sur le fait qu'une négociation prépare plusieurs contrats ou plusieurs actes de nature différente : des contrats, des actes sociétaires, des actes internes, des actes internationaux, etc., l'ensemble avec plusieurs parties et la question peut se poser de

l'unicité de la négociation ou de la pluralité des négociations.

Toutes ces situations appellent des techniques de négociations différenciées, appelant une négociation informelle ou formalisée, voire contractualisée. S'ajoutent également des usages ou des réflexes. Ainsi toute conclusion d'un contrat de vente d'immeuble est précédée d'un contrat préparatoire, contrat de promesse ou pacte de préférence. Rien ne l'impose : la vente, même d'immeuble est un contrat consensuel, mais des raisons pratiques, parfois légales, et des usages, des habitudes emportent la préparation presque calibrée de ces ventes : ici une promesse unilatérale, là une promesse synallagmatique, là encore un « compromis » de vente à la qualification indécise, là encore un « contrat de réservation ». De même, les contrats internationaux se préparent avec des formules *a priori* dépourvues de sens, *lettres d'intention*, *letters of intent*, *Binding ou non-Binding offers*, *Memorandum of Understanding*, *protocole d'accord*, etc.. Il n'est donc pas possible de s'en tenir aux simples règles, supplétives ou impératives, de la négociation des contrats pour décrire cette négociation, mais il convient de tenter de fureter pour dénicher ces procédés, ces usages, heureusement bien balisés. Il serait cependant également vain de ne s'en tenir qu'à ces pratiques, alors même que les normes juridiques applicables sont de plus en plus présentes, d'origine jurisprudentielle le plus souvent, et légales parfois, par exemple à l'occasion de la négociation d'un contrat de distribution.

5 Par conséquent, la négociation du contrat peut être considérée comme un ensemble de choix, choisir d'entrer en négociation, de la poursuivre et de « négocier », d'y mettre fin ou au contraire de conclure le contrat. Si on admet en effet que le contrat est une *règle du jeu* établie entre les parties pour que chacune puisse parvenir, au mieux, à réaliser le dessein contractuel commun, il en est de même de la négociation. S'il existe des techniques de négociation dont quelques traits sont imposés par le législateur, par exemple en matière de négociation collective du travail, ou bien dans la préparation d'un contrat de distribution (Cf. C. com., art. L. 330-3, dit « *Loi Doubin* »), ou bien par les usages ou les habitudes, il demeure que la méthode

pratique retenue pour assurer la négociation du contrat ne dépend que des parties elles-mêmes, en fonction de l'intérêt du contrat, de la nature de l'opération préparée par exemple. La négociation d'un contrat conclu par une société cotée par exemple s'effectue avec des clauses de confidentialité, des techniques discrètes de règlement des litiges, la prise en compte de son caractère éventuellement international, l'ensemble supposant un *contrat de négociation*, alors que le choix d'une négociation informelle ne permet guère de résoudre les difficultés pratiques posées par une négociation singulière.

6 Par ailleurs, la négociation intéresse aussi bien la conclusion d'un contrat que son renouvellement d'un contrat préexistant (1), voire le traitement d'un litige. C'est d'ailleurs principalement cette question qui est traitée en droit américain des contrats, la négociation comme méthode alternative de règlement des conflits contractuels, bien plus que la question du commencement d'un contrat.

En droit français également, l'attention portée sur les qualités de formation du contrat ont très largement attiré la négociation vers le temps de la formation, alors qu'elle atteint pratiquement tous les stades du contrat : la circulation du contrat, préparée ou non par une clause à cet effet, la modification du contrat sous le coup d'un changement de circonstances, la conciliation ou la médiation jusqu'à la conclusion d'un compromis d'arbitrage, la préparation de son renouvellement, de sa prorogation, voire de sa rupture, de la mise en œuvre d'une clause de non concurrence, d'une indemnisation, etc., il n'est guère de temps contractuel qui échappe au phénomène de la négociation.

Envisagé du point de vue de l'avant contrat, celui se situe ainsi selon un référentiel posé comme le contrat négocié : tout ce qui se situe avant celui-ci relève de « l'avant » de ce contrat, peu important qu'il soit une négociation, des pourparlers, au sens traditionnel, un contrat de la négociation, ou un contrat proprement dit. Le processus est alors universel, avec cette distinction cependant que la négociation peut relever d'un

---

1 Cf. par exemple : Cass. com. 17 mai 1989, Bull. civ.IV, n.717.

ensemble d'obligations contractuelles ou d'un ensemble de faits de négociation. Il peut s'agir d'une opération nationale comme internationale (2), privée ou publique.

7 La mesure de la négociation, son bornage en quelque sorte, appelle quelques observations. Il est, souvent, difficile de fixer avec précision le fait et, par conséquent, la date de début la négociation et d'ailleurs d'une importance fort réduite tout au plus, académique ou pédagogique. Dater la fin de l'avant-contrat comporte d'autres difficultés sans présenter toujours un grand intérêt. Cette date se présente parfois de manière certaine : c'est le cas du succès de la négociation et de conclusion du contrat, même si la datation de celui-ci peut poser quelques problèmes avec les difficultés classiques liées à la mesure de la date de l'acceptation dans les contrats entre absents, ou de l'achèvement des accords de négociation lorsqu'elle porte sur une multitude de contrats, certains accessoires et d'autres principaux. C'est également la situation en d'insuccès de la négociation en raison de la rupture brutale des pourparlers. Parfois, la situation est plus complexe, comme dans le cas d'une « crise » où la négociation cesse, puis reprend, ou dans le cas d'une négociation qui s'enlise : l'un ne répond plus et l'autre ne l'interroge pas davantage.

8 La négociation est souvent marquée, ponctuée, par l'établissement de documents divers dont la consultation pourra ou non être utile pour la compréhension et la qualification de telle ou telle phase de pourparlers. Certains sont de simples « documents » publicitaires ou commerciaux ; d'autres sont de véritables accords, des contrats préparatoires. Plus exceptionnellement, l'engagement de la négociation vaudra exécution d'une injonction judiciaire, voire arbitrale, éventuellement concurrentielle, comme condition de la validation d'une concentration par exemple.

L'une des difficultés de la description et l'analyse de la négociation des contrats repose sur l'indétermination et le flou qui entoure ses modalités. Ainsi la détermination du début de la

---

2 Versailles 1<sup>er</sup> avril 1999, RJDA 1999, n.1285.



négociation peut-être une simple discussion, la réception d'un message publicitaire. Surtout, le développement des pourparlers peut être marqué par des documents de facture diverses aux désignations non significatives, courriers, documents divers, procès-verbaux, jusqu'aux « protocole d'accord ou la « lettre d'intention », outil ordinaire supposé ouvrir une négociation, alors que ses contours sont par hypothèse mal définis (cf. infra, n° ), entre un pas de plus dans une négociation, la conclusion, non souhaitée, d'un accord de négociation, un engagement unilatéral, etc.

La difficulté repose sur le fait que le consentement, en droit français, est déterminé dès lors que ce consentement est commun et porte sur un objet défini. Or très souvent, tel document censé marqué une étape dans la négociation, à l'intitulé non signifiant, comme des « protocoles d'accords », des « accords d'étapes » ou autres « mémorandums », révèlent soit une identification de l'état d'une négociation, soit, très souvent et à l'insu des parties, un accord, accord de négociation, accord définitif ou accord partiel. Les parties peuvent parfaitement, consciemment ou non, s'entendre sur un accord partiel portant sur telle stipulation, d'élaboration quelque peu passe partout comme une clause compromissoire ou de construction plus délicate comme les clauses de propriété intellectuelle, d'un accord de recherche ou d'un contrat de coopération industrielle. La prise d'effet de cette stipulation suppose l'accord des parties sur l'ensemble de leur contrat mais elles admettent, dès aujourd'hui, que leur contrat – à le supposer désormais conclu – comportera cette clause d'arbitrage ou cet article « *Propriété intellectuelle* ».

9 La difficulté est renforcée par la rétivité des juges à identifier un contrat où les parties auront présenté des réserves ou des résistances (3). Pour diverses raisons, l'étude la négociation des contrats est tardive et si, aujourd'hui, elle s'accroît, on oublie souvent que le droit français fut longtemps, comme les droits anglo-américains, réfractaire à toute police

---

3 P.Mousseron, *Conduite des pourparlers contractuels et responsabilité civile délictuelle*, RTD com.1998, 244, n.1.

judiciaire de l'avant contrat, limité aux promesses de vente, et encore, celles-ci étant absorbées par le contrat lui-même : « *la promesse de vente vaut vente (...)* ».

Zone de « *non Droit* » pour Jean Carbonnier (4), il était « *No man's land juridique* » ou « *régime de liberté surveillée* » pour Denis Mazeaud (5). Pourtant les praticiens, et notamment les praticiens des contrats d'affaires avaient depuis longtemps appris à sécuriser la négociation de contrats complexes aux intérêts importants. Est-ce cette conscience, ou l'observation de droits étrangers, comme celle de l'article 122 BGB qui oblige généralement l'auteur d'une déclaration de volonté à indemniser le tiers qui, confiant et de bonne foi a cru à la véracité de la déclaration, ou mieux, l'article 1337 du Code civil italien qui impose une obligation de bonne foi dans les pourparlers ?

On doit bien reconnaître que très peu d'études ont été réalisées sur le sujet. Trois seulement, Saleilles en 1907, souhaitant transposer les solutions allemandes (6), Roubier en 1911 (7) et un auteur méconnu, Coherier en 1939 (8). Ce n'est qu'après les années 1970 et l'apparition d'un arrêt remarqué en 1972 que ce type d'étude s'est multiplié (9), aboutissant d'ailleurs

---

4 J. Carbonnier, *Droit civil : les obligations*, PUF 2<sup>ème</sup> éd. 1996, n.24, p.67.

5 D. Mazeaud, *La genèse des contrats, un régime de liberté surveillée, Droit et patrimoine*, juillet 1996, p.44.

6 R. Saleilles, La responsabilité précontractuelle, RTD.civ. 1907.697

7 P. Roubier, Essai sur la responsabilité précontractuelle, th. Lyon 1911.

A. Coherier, Des obligations naissant des pourparlers préalables à la formation des contrats, th.dr. Paris 1939.

8 A. Coherier, Des obligations naissant des pourparlers préalables à la formation des contrats, th.dr. Paris 1939.

9 J. Schmidt, La sanction de la faute précontractuelle, RTD.civ. 1974.46. ; A. Rieg, La punctatio, contribution à l'étude de la formation successive des contrats, Mélanges A. Jauffret, P.U. Aix-Marseille 1974, p.593; J. Cédras, L'obligation de négocier, RTD.civ. 1983.365; JM. Mousseron, Technique contractuelle, éd. Fr. Lefebvre 1988, p.23 et s., n.8 et s.; 9 J. Schmidt, La période précontractuelle en droit français, RID comp. 1990.561, Les accords précontractuels en droit français, comm. à IDA, Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels, PU Aix-Marseille 1990, n.9 JM. Mousseron, L'échange des consentements, n°sp. R.J.com. 1994; M. Trochu, L'intervention de la notion de temps dans les contrats internationaux à exécution successive, Mélanges Y. Loussouarn,

à des controverses considérables, par exemple au sujet de l'exécution des promesses de contracter ou des pactes de préférence.

La situation a considérablement évolué depuis pour forger un, voire plusieurs, régimes de la négociation des contrats, souvent identifiée par la pratique d'ailleurs et encore plus souvent à propos des contrats internationaux. La raison en est que le coût de la négociation, son succès, sa conduite, son échec, justifie que les négociations construites soient l'apanage des « grandes » négociations, ou plus exactement des négociations du « grand commerce ».

Nous désignerons donc derrière les termes « négociation » ou

---

L'internationalisation du droit, Dalloz 1994, p.377; F.Labarthe, La notion de document contractuel, *Bibl.dr.privé*, n.241, LGDJ 1994; ; F.-D. Poitrinal, Fusion-acquisition : la responsabilité en cas de rupture des négociations, *Rev. Banque* 01/1993, n° 534, p. 45 et s. ; B. Lassalle, Les pourparlers, *RRJ* 1994, p. 849; D. Mazeaud, La genèse des contrats, un régime de liberté surveillée, *Droit et patrimoine*, juillet 1996, p. 44; P.Chauvel, Rupture des pourparlers et responsabilité délictuelle, *Dr. et pat.*, nov. 1996, p.36; L.Rozès, Le projet de contrat, *Mélanges L.Boyer*, P.U. Toulouse 1996, p.635 ; J.-M. Loncle et J.-Y. Trochon, Pratique des négociations dans les rapprochements d'entreprises, *EFE* 1997; P. Mousseron, Conduite des négociations contractuelles et responsabilité civile délictuelle, *RTD.civ.*1998, p.243 s.; A.Laude (dir.), Rupture des pourparlers, *Thémexpress*, éd. Fr.Lefebvre 1998; Coll. La négociation du contrat, Coll. Univ.Toulouse et *RTD com.* 1998.447s ; F. Accad, Les pourparlers, thèse CNAM, 1996 ; P. Chauvel note sous Cass. com. 7 janvier 1997 et 22 avril 1997, *D.* 1998. p. 45, A. Couret, Ph. Peyramaure, Ph. Rosenpick et A. Laude, Les accords préliminaires dans les cessions de droits sociaux, *Dr. sociétés, Actes pratiques*, 1998 ; J.Schmidt, La force obligatoire des avants-contrats, *RTD.civ.*2000, p.25, ; B. Fages, L'importance des pourparlers, *Dr. et patrimoine*, juin 1999, p. 60 et s. ; J. Mestre, La période précontractuelle et la formation du contrat, *Petites affiches*, 5 mai 2000, p. 7 et s. ; J.-J. Fraimout, Le droit de rompre les pourparlers avancés, *Gaz. Pal.* 2000. *Doctr.* 943 et s. ; Y. Neveu, Le devoir de loyauté pendant la période précontractuelle, *Gaz. Pal.* 2000. *Doctr.* 2112 ; J.-M. Mousseron, M. Guibal et D. Mainguy, L'avant contrat, Ed. Lefebvre, 2001 ; D. Mazeaud, Mystères et paradoxes de la période précontractuelle, *Mélanges J. Ghestin*, éd. LGDJ 2001, p. 637, O. Deshayes (dir.), L'avant contrat, actualité du processus de formation des contrats, Puf, 2008, S. Ringler, Existe-t-il une théorie générale de l'avant contrat ?, *Th.* Toulouse, 2010.

« avant contrat » la période précédant un contrat : on considèrera alors que tout ce qui précède l'échange des consentements relève de cette période et, ce faisant, de la négociation. La négociation met alors en situation deux (ou plusieurs) partenaires, les « partenaires à la négociation » ou les « négociateurs » lesquels entreprennent de négocier un contrat négocié ou préparer un contrat préparé.

10 L'intervention de la norme juridique prend simultanément les deux formes traditionnelles que sont celle de la règle de droit, envisagée comme une contrainte, l'application du droit de la responsabilité pour l'essentiel : *Les contraintes de la négociation informelle* (Chapitre 1) ; mais également comme un instruments, dans l'observation que la règle propose un certain nombre d'outils, principalement, mais pas uniquement, envisagés comme supplétifs propres à structurer une négociation et à en renforcer la progression : *Les instruments de la négociation* (Chapitre 2).

### **CHAPITRE 1. – LES CONTRAINTES DE LA NEGOCIATION INFORMELLE**

11 Le principe même de la liberté contractuelle implique un développement libre des négociations et un libre développement de l'avant-contrat. Cette liberté est, toutefois, aujourd'hui, placée sous la discipline de deux familles de contraintes tenant à deux types d'intervention juridique différente. On observe, d'abord, la soumission par principe et de façon générale de la négociation à des règles constitutives d'une véritable déontologie de la négociation : il s'agit de l'ensemble de ces règles qui participent de ce que l'on place souvent sous l'intitulé « *responsabilité précontractuelle* » comme exception (II) au principe de liberté de la négociation (I)

#### **I. – Le principe : la liberté de négociation**

12 En l'absence de tout contrat préparatoire on ne saurait identifier ni *obligation* de contracter ni *obligation* de négocier obligeant quiconque à poursuivre dans quelques délais que ce soient des pourparlers quels qu'ils soient.

Le principe en la matière repose en effet sur l'absence de toute

norme posant une telle obligation ou devoir de négociation. Il repose donc sur l'entière liberté d'entretenir ou pas les pourparlers, de les conclure ou non, de façon positive ou non. Si le destinataire d'une offre est libre de l'accepter ou de la rejeter, *a fortiori* les opérateurs participant à une séquence de négociation ne comportant pas d'offre sont-ils libres de leur comportement à tout moment de cette discussion. Il s'agit d'une déclinaison élémentaire de la conception classique du principe de la liberté contractuelle. N'oublions pas que la jurisprudence française soucieuse de ce principe écartait pratiquement, jusqu'à il y a moins de trente ans la possibilité même d'une police des relations précontractuelles. Il en résulte que cette liberté ne saurait être contrainte, ni quant à l'ouverture ou quant au maintien d'une négociation ; aucune conclusion forcée ou entretien forcée d'une négociation ne peut donc s'entendre, sauf l'éventuelle sanction de la faute commise (10) ce d'autant moins qu'on reconnaît au principe de liberté contractuelle non point une valeur constitutionnelle, mais au moins un principe général du droit des contrats (11).

13 Le seul tempérament, exceptionnel, à cette liberté tient en effet à la sanction selon l'article 1382 du Code civil des fautes dommageables que l'un des négociateurs pourrait commettre en cours ou en fin de pourparlers.

L'attention portée à ces exceptions, des abus et contraintes, par nos enseignements, écrits ou oraux, ne doit pas faire oublier le principe, celui de la liberté, quand bien même l'énoncé du principe, par nature n'attire pas ou peu l'attention de la controverse ou des difficultés d'application : nul ne s'intéresse aux trains qui arrivent à l'heure.

## ***II. – L'exception : les règles encadrant la négociation***

14 Les règles de la négociation d'un contrat se distinguent selon la nature du contrat négocié : contrat de droit privé, de droit commun, il est soumis aux règles de droit privé; contrat de droit public, il se soumet aux règles de la responsabilité administrative précontractuelle.

---

10 J.Cédras, L'obligation de négociier, RTD com. 1985.265, n.9.

11 Cass. ass. plén., 26 mars 1999, n° 97-17136, Bull. civ. ass. plén., n° 2, RTD civ. 1999, p. 615, obs. J. Mestre.

En toute hypothèse, l'observation des règles de la négociation n'est pas si évidente : *l'apparition des règles de la négociation* (A) repose effectivement sur une construction jurisprudentielle progressive, dont la maîtrise permet d'en connaître le contenu, *l'identification des règles de la négociation* (B).

### **A. – L'apparition des règles de la négociation**

15 Aucun texte dans le Code civil n'envisage de règle quelconque intéressant la négociation des contrats, à part l'article 1589 du Code civil (« *la promesse vaut vente, etc.* »), aussitôt disqualifié comme règle signifiante puisque au lieu de rendre autonome cette période et de l'isoler, elle agrège, au contraire, l'exemple de promesse de vente qu'elle vise au domaine du contrat préparé. A défaut de texte spécial régulant les relations d'avant-contrat. La question posée est celle de savoir s'il y a place pour une intervention des normes juridiques dans les rapports, factuels, précédant et préparant la formation d'un accord ou bien si ces rapports sont de rapports non juridiques relevant des règles de la courtoisie, de la morale ou encore du rapport de force et des intérêts ? La réponse tient à l'applicabilité de cette autre « *bonne à tout faire du droit* » qu'à côté, selon Jossierand, de la commune intention des parties, représentent les mécanismes de la responsabilité civile.

A supposer qu'une réponse positive soit donnée à la question de principe : irresponsabilité ou responsabilité ? (1), la dualité en droit français des deux grandes formules conduit à s'interroger : responsabilité contractuelle ou responsabilité délictuelle ? (2) et, dans ce dernier cas, à choisir : entre régime spécial ou régime de droit commun ? (3).

#### **1. – Irresponsabilité ou responsabilité précontractuelle ?**

16 La question posée fait écho à la définition et à l'application des principes de la liberté contractuelle, d'une part, et de la responsabilité pour faute dommageable, d'autre part. Si en effet, la *summa divisio* du droit des contrats repose sur l'idée que l'ensemble « droit des contrats » est l'ensemble fermé, et donc spécifique et que l'ensemble « non droit des contrats » intègre l'ensemble ouvert et subsidiaire de ce que l'on désigne comme la responsabilité civile délictuelle, alors on peut considérer que tout ce qui précède l'échange des consentements échappe au contrat et donc intègre le domaine de la responsabilité contractuelle.

Cette présentation suppose cependant que l'on puisse analyser les règles du droit des contrats selon des principes *nécessairement logiques*, voire mathématiques et surtout que la question de la juridicité de la négociation soit tranchée.

Or, on pourrait tout aussi bien considérer au contraire que l'affirmation du principe de liberté contractuelle exclut toute idée de responsabilité, que le principe, dans sa mise en œuvre, suppose qu'elle ne puisse être entravée par quelque élément que ce soit, sauf à se satisfaire de la police du consentement à travers la mise en œuvre des vices du consentement ou du contrôle de la cause ou de l'objet du contrat. Cet ensemble de règles, considérée comme le fondement de la moralisation de la conclusion des contrats pouvait en effet être considéré comme une avancée considérable, entreprise sous l'Ancien Régime, allant bien au-delà de la police objective du droit romain, par une prise en compte des *motifs* de la conclusion des contrats, reprise et ciselée dans le Code civil.

C'est d'ailleurs ainsi que dans un premier temps la responsabilité civile a été évincée du domaine des relations précontractuelles. Selon cette présentation, la libre formation du contrat suppose sa libre préparation et celle-ci exclut toute police qu'introduit souvent la mise en œuvre des mécanismes de la responsabilité. Le raisonnement suppose que l'on reconnaisse la liberté, ici associée au contrat, des fonctions qui exclurait toute limite : on reconnaît là la situation existant jusqu' la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle et l'apparition, par exemple, de la théorie de l'abus de droit pour limiter les éventuels excès de l'exercice, libre, de la propriété ou de la liberté de travail. Il suppose une forte croyance dans les mérites de la libre discussion contractuelle et un souci de la protéger contre l'intrusion des juges et dans l'hypothèse que le *fair play* des négociateurs sera nécessairement respecté, ce dont il résulte qu'à alors, d'autres types de règles doivent sans doute exister pour contrebalancer l'absence de règles juridiquement sanctionnées : il faut donc attendre que les juristes prennent conscience de l'évanescence ou de l'insuffisance de ces règles ou de l'urgence de règles pour voir apparaître des proposition en ce sens, au début du XX<sup>ème</sup> siècle, Saleilles en 1907, (12, )Roubier en 1911 (13), sans véritable succès pratique d'ailleurs. Soit en effet que la plupart des négociation repose sur des contrats préparés par des officiers ministériels, comme les notaires, soit que la juridicité de ces négociations ne se présente guère, on doit bien constater l'absence de solution jurisprudentielle en la matière avant longtemps, et ce jusqu'aux années 1970 (Cf. supra, n°).

17 Si en effet, la négociation du contrat est à rattacher à la police du consentement, et qu'on considère que cette police est entièrement assumée par les articles 1108 et suivants du Code civil, alors on peut considérer que la police

---

12 R.Saleilles, La responsabilité précontractuelle, RTD.civ. 1907.697

13 P.Roubier, Essai sur la responsabilité précontractuelle, th.Lyon 1911.  
A.Coherier, Des obligations naissant des pourparlers préalables à la formation des contrats, th.dr.Paris 1939.

de la négociation est ainsi assurée.

Sans entrer dans le détail des règles en la matière, on peut concevoir en effet que celles-ci se sont largement accrues. Ainsi en est-il des développements en matière de sanction du dol, de violence, voire de sanctions alternatives à ce vice spécial et résistant à l'élargissement qu'est la lésion.

On peut également observer que ces vices du consentement peuvent être décomposés en un vice du consentement et un élément précontractuel. Le dol par exemple est l'adjonction d'un vice du consentement, une erreur commise, et d'une faute précontractuelle, qui fait du dol un vice souvent décrit comme une erreur provoquée. De même la violence se décompose en un vice, la « crainte » et une faute précontractuelle qui la provoque.

Dès lors, la dissociation des deux éléments permet une dissociation des sanctions ; d'ailleurs, une action en réparation des préjudices commis par la faute précontractuelle accompagnant un dol a toujours été admise en accompagnement des actions en annulation de contrats dont un vice du consentement a infecté la conclusion..

D'ailleurs chaque fois que la faute, présente, s'est révélée insuffisante pour vicier profondément le contrat, ce dernier n'est pas annulé, ce qui n'empêche par la victime de demander réparation. Cette distinction est souvent expliquée par l'opposition entre *dol principal* et *dol incident* qui est inexacte. En effet, la faute précontractuelle est soit suffisante, déterminante, pour emporter l'annulation du contrat, et elle provoque un dol du contrat, soit insuffisante et ne provoque pas de dol. L'absence de dol laisse cependant demeurer la faute précontractuelle. D'ailleurs la victime, même en cas de dol, pourrait choisir de maintenir le contrat et de ne demander que la réparation de la faute précontractuelle, même si on n'en voit guère d'occurrence.

## 2. – Responsabilité contractuelle ou délictuelle ?

18 Une fois le principe de l'engagement de la responsabilité admis, dans les cas précédent, il reste à déterminer quel régime de responsabilité appliquer. Or l'analyse traditionnelle de la négociation aboutit à une attraction considérable de la négociation vers le contrat, comme le montrer leur saisine par les vices du consentement ou par l'article 1589 du Code civil.

Par ailleurs, l'attraction de l'avant contrat par le domaine du contrat présente cet avantage que le rattacher au domaine de la supplétivité, alors que, par hypothèse, les règles de l'extra-contrat y échappent voire sont d'ordre public (14).

19 On peut observer par ailleurs que la question du choix du régime de responsabilité applicable au traitement de la faute commise au cours de l'avant contrat ne se pose pas lorsque le comportement reproché a été accompli en exécution d'un contrat préparatoire du type contrat de négociation ou contrat de promesse, mais se pose avec acuité dans la situation où le comportement considéré l'est indépendamment de toute situation de ce type.

---

14 Cass.civ. 28 novembre 1962, JCP 1964.II.13710.



L'intérêt de la distinction et, par conséquent, de la qualification s'accuse en cas de pourparlers marqués d'internationalité, en cas de négociation internationale<sup>(15)</sup>. Se pose, alors, le problème de l'autorité compétente en cas de litige : le juge désigné l'est par des règles distinctes de celles du droit des contrats, celles de la *lex loci delicti*, la clause compromissoire ne trouve plus à s'appliquer, etc.

20 L'idée, dès lors, d'une attraction totale de la négociation par les règles de la responsabilité contractuelle, et ce faisant d'une « *contention* »<sup>(16)</sup> des règles la responsabilité délictuelle est d'autant plus plausible qu'elle est celle, précisément du droit allemand<sup>(17)</sup>. Historiquement, la proposition d'une attraction de la responsabilité précontractuelle par la responsabilité contractuelle est liée aux travaux de Ihering qui, en 1861, affirmait que toute situation préparatoire à la conclusion d'un contrat, s'inscrivait dans la généralité d'un contrat de négociation et de l'obligation de *diligentia in contrahendo*. Il faisait de la *culpa in contrahendo*, la faute *en contractant*, une faute du contrat pour mauvaise exécution des obligations nées de cette convention de négociation liminaire. La fiction de la description de ce contrat de négociation ou de ce rapport juridique précontractuel comme un support d'obligation contractuel aboutit d'une part à l'identification d'*obligations* au sens contractuel du terme et de la responsabilité qui l'accompagne. On observe d'ailleurs que cette description ne repose pas sur des règles précises du BGB mais sur une construction doctrinale reprise par la jurisprudence, fidèle en cela à la filiation du *Professorenrecht* du droit allemand<sup>(18)</sup>.

Malgré les influences fortes de cette « voie allemande », par Aubry et Rau, ou par Saleilles par exemple, et qu'on trouve par exemple dans la prise en compte, par la responsabilité contractuelle, de préjudices de type corporel, via la sanction de l'obligation de sécurité par exemple, ou à travers l'observation de contrats tacites, une voie différente a été retenue.

La césure entre ces deux situations n'est d'ailleurs pas clairement déterminée, comme en témoigne l'image complexe de l'obligation d'information, dont on ne sait jamais trop si elle s'inscrit comme un devoir d'information, précontractuel ou extracontractuel<sup>(19)</sup>.

21 Au contraire, d'ailleurs, les règles de la responsabilité délictuelle ont

---

15 Cf. J.Schmidt, La négociation du contrat international, RID comp.1983, p.239.

16 P.Mousseron, Conduite des négociations contractuelles et responsabilité civile délictuelle, art.cit., n.9 s.

17 Comp. S. Ringler, Existe-t-il une théorie générale des avants-contrats, th. Toulouse, 2010, n°4.

18 M.Pédamon, Le contrat en droit allemand, LGDJ 1993, pp.40-42

19 V. not. M.Fabre-Magnan, De l'obligation d'information dans les contrats, LGDJ 1993.

reçu une consécration dans les années 1970, notamment depuis un arrêt de la Chambre commerciale du 20 mai 1972 (20). Les faits de l'espèce méritent attention : la déconvenue d'un industriel alsacien quelque peu « *mené en bateau* » par un concessionnaire français d'un fabricant de machines américaines à fabriquer des buses en ciment et dont les espoirs longuement entretenus furent brutalement brisés par l'abandon des négociations et la conclusion d'un contrat avec l'un de ses concurrents, contenant une clause d'exclusivité interdisant la poursuite de ces espoirs. Le visa retenu par la Cour de cassation, l'article 1382 du Code civil, pour sanctionner la faute du concessionnaire français signe alors le départ d'une jurisprudence fondatrice de la dissociation entre la négociation, doublement autonome, et du contrat.

La solution ainsi clairement affirmée n'a pas été remise en cause par les quelques dizaines de décisions rendues, depuis, dans des contextes voisins.

La solution est régulièrement rappelée et l'a, tout particulièrement, été par l'arrêt de cassation rendu, le 11 janvier 1984, à l'encontre d'un arrêt tirant argument de la conclusion ultérieure du contrat pour appliquer les règles de compétence liées à la responsabilité contractuelle : « *Vu l'article 1382 C.civ.... Attendu que pour décider que le tribunal de commerce d'Évreux n'était pas compétent (le Tribunal a retenu) que la clause de la convention unissant les parties attribuant compétence au Tribunal de commerce de Paris en cas de litige est applicable à la cause (...). En se déterminant par ces motifs, alors que la victime d'une faute commise au cours de la période qui a précédé la conclusion d'un contrat est en droit de poursuivre la réparation du préjudice qu'elle estime avoir subi devant le Tribunal du lieu du dommage sur le fondement de la responsabilité délictuelle, la Cour d'appel a violé le texte susvisé* » (21).

22 La solution est donc, pour l'instant, acquise en Droit positif français : la prise en charge des faits de la négociation obéit au jeu de la responsabilité délictuelle. On peut également observer que cette prise en charge permet aussi d'isoler des situations négatives de « non conclusion » de contrat dont l'origine est un fait de négociation, une rupture, brutale ou non, de la négociation, une violation d'un devoir, etc.

### 3. – Responsabilité d'exception ou de droit commun ?

---

20 Com. 20 mai 1972, JCP 1973.II.17543, note J.Schmidt, RTD.civ.1997.779, obs. G.Durry et, très récemment, Civ.1<sup>ère</sup> 14 juin 2000, RJDA 2000, n.949. V. aussi : Com.31 mars 1992, Bull.civ.IV, n.145 (faute d'une banque); 22 février 1994, Bull.civ.IV, n.72, RTD.civ.1994.850, obs. J.Mestre (prolongation des pourparlers), mais Com. 9 mars 1999, Bull.civ.IV, n.54 (rupture non fautive en raison des propositions raisonnables et du préavis offert effectués par l'auteur de la rupture) ; Com. 6 janvier 1998, Bull.civ.I, n.7, JCP 1998.II.10066, note B.Fages; Defrénois 1998.741, obs. D.Mazeaud.

21 Cass. com.. 11 janv. 1984, n°82-13259, Bull. Civ. IV, n°16.

23 Si la sanction de la faute dommageable repose sur une indemnisation à hauteur du dommage prouvé, c'est-à-dire par une indemnisation par équivalent et non par une indemnisation en nature (qui serait la conclusion forcée du contrat négocié), il demeure que l'identification de la faute dommageable n'a pas toujours fait l'objet d'une attention constante.

#### a. – L'intégrité de la faute précontractuelle

24 Le rapprochement avec l'histoire de la sanction de l'abus de droit auquel la jurisprudence en matière de faute précontractuelle recourt souvent s'impose pour montrer comment pourrait s'effectuer une distinction entre le régime de responsabilité précontractuelle et le régime de droit commun.

D'une manière générale, la Cour de cassation retient une simple faute, et non une faute qui supposerait une qualification particulière. Par exemple, l'exigence d'une intention de nuire qui supposerait qu'une négociation n'a été entamée, ou rompue, que dans le but de causer un préjudice au partenaire, comme l'empêcher de conclure le contrat qu'il envisageait (22), a été écartée en jurisprudence (23). Toutefois, on peut observer qu'elle renaît à travers le standard de « mauvaise foi ». Les Principes Unidroit y invitent encore par exemple à travers l'article 2.15 al.2 de ce texte énonce : « *La partie qui, dans la conduite ou la rupture des négociations agit de mauvaise foi est responsable du préjudice qu'elle cause à l'autre partie* ». Cette exigence, floue par hypothèse, peut, selon les cas, être considérée comme identique ou différente à la notion de « faute » ou de « fait dommageable ». Peu importe alors les définitions, descriptions ou propositions doctrinales : leur contenu dépend en effet de l'interprétation retenue par le juge. Classiquement, la « faute » est envisagée comme un comportement qui n'aurait pas été commis par une personne *raisonnable* placée dans les mêmes circonstances. La mauvaise foi, notion tout aussi indescriptible, est celle qui permet de stigmatiser une situation particulière. Elle pourrait tout aussi bien être identique ou différente de celle de « faute » (24). Pas davantage ne doit-on s'attacher à des qualifications comme

---

22Cass. com., 3 oct. 1978, n° 77-10915, Bull. civ. IV, n° 208, D. 1980, jur., p. 55, note J. Schmidt-Szalewski J. ; Rouen, 13 janv. 1981, D. 1983, jur., p. 53, note A. Lucas ; Paris, 8 juill. 1972, JCP G 1973, II, n° 17509, note J.-M. Leloup.

23 Cass. 3<sup>e</sup> civ., 3 oct. 1972, n° 71-12993, Bull. civ. III, n° 491 ; Cass. com., 11 juill. 2000, n° 97-18275, Contrats, conc., consom. 2000, comm. n° 174, obs. L. Leveneur.

24 Cass. com. 12 octobre 1993, n° 91-19456 : « *De ces appréciations et constatation la Cour d'appel a pu déduire, sans avoir à caractériser l'existence de la mauvaise foi ou d'une intention de nuire, que la société Hubo avait agi avec une légèreté constitutive d'une faute dont elle devait réparer les conséquences* », Cass. com 22 février 1994, Bull.IV, n.79, RJDA 1994.765, RTD civ. 1994, p. 849, obs. J. Mestre.

celle de « *légèreté blâmable* » (25) ou bien encore d'abus de droit, laquelle est souvent identifiée comme une alternative à la faute comme un abus de droit de mettre fin à une négociation par exemple ou comme une rupture abusive de pourparlers (26), sans cependant identifier une quelconque originalité à cet « abus » par comparaison à l'idée de faute qui aurait aussi bien pu être utilisée.

### b. – Le dommage réparable

25 Les effets de contention des règles ordinaires de la responsabilité civile délictuelle sont, en revanche, beaucoup plus importants s'agissant du dommage réparable (27).

Le chef d'indemnisation le plus commun concerne les **frais engagés** inutilement par la victime. En effet, dès lors que les frais deviennent sans objet, le négociateur évincé peut prétendre en être dédommagé. Ces frais sont généralement d'autant plus élevés que la victime s'est sentie proche d'une issue favorable. Ainsi peut-elle obtenir l'indemnisation, par exemple, de « *dépenses et dérangements* » qui ne soulèvent guère de difficulté de preuve : frais de voyages, aménagement d'un immeuble (28), frais de recours à des spécialistes, voire des frais d'étude, d'essais ou d'audit précontractuel, coûts de négociation ou de rédaction (29)... voire commissions appelées par de négociateurs divers dont le commerce international offre des exemples multiples, etc., (30), mais encore des engagements pris auprès de partenaires financiers en vue de l'obtention des crédits nécessaires à la réalisation de l'opération projetée, qui impliquent bien souvent des honoraires de conseils. En toute hypothèse, ce sont les « frais de rupture » qui sont ainsi pris en compte et on pourrait se demander s'il ne faudrait pas isoler les frais de rupture des autres frais de négociations qui ont pu être engagés indépendamment du succès ou de l'échec de la négociation (31).

26 Plus importante est l'hypothèse d'un dommage causé par la faute a empêché la formation du contrat, au cas où l'interruption de la négociation et la

---

25 Cass. com 22 février 1994, préc. Adde : B. Fages, *Le comportement du contractant*, PUAM, 1997, n°576

26 Cass. com., 7 janv. 1997, n° 94-21561, D. 1998, p. 45, note P. Chauvel, Cass. com., 22 févr. 1994, préc..

27 O. Deshayes, *Le dommage précontractuel*, RTD com. 2004, p. 187.

28 Cass. com. 20 mars 1972, préc.

29 Lyon, 24 juill. 2002, Juris-Data n° 193214, CA Versailles, 8 mars 1985, Juris-Data n° 041111

30 JM.Mousseron, J.Raynard, R.Fabre et J.L.Pierre, *Droit du commerce international*, 2<sup>ème</sup> éd. Litec 2000, n.375 s.

31 En ce sens O. Deshayes, *Le dommage précontractuel*, RTD com. 2004, p. 187, sp. n° 6, citant Paris, 16 déc. 1998, Bull. Joly 04/1999.470, note A. Laude.

rupture des pourparlers aboutit à des invendus, de stocks de marchandises réservés qui ne trouvant plus preneur, sont bradés ou indisponibles (32).

27 Fondamentale, en revanche, est l'hypothèse de la **perte de la chance d'avoir conclu le contrat négocié**(33), voire des contrats alternatifs que la confiance dans l'accord projeté et déçu a fait négliger et éloigner (34).

La jurisprudence s'est dans un premier temps montrée réticente à l'indemnisation de la perte d'une chance au motif qu'il n'était pas possible de donner effet, fût-ce indirectement, à un contrat non conclu(35).

Dans un deuxième temps, les juges du fond ont été plus accueillant pour retenir ce chef de préjudice largement encouragée d'ailleurs par la doctrine d'alors (36). Ainsi en a-t-il été dans un arrêt où la Cour de Versailles a décidé, le 1<sup>er</sup> avril 1999 que « *Le comportement de la société Cachou Lajaunie est à l'origine du préjudice subi par la société Koetsier tenant... à la perte de chance de la conclusion d'un contrat définitif auquel l'intérêt manifesté par la société Cachou Lajaunie pour l'entrée sur le marchait hollandais donnait une probabilité sérieuse* » (37).

---

32 Paris 3 septembre 1999, RJDA 1999, n.1285 : « Qu'en conséquence même de l'absence de conclusion d'un contrat, eu égard aux usages commerciaux existant avec BW et son agent Philae dont elle connaissait dès le 3 octobre 1994 le processus de passation de commande, en application de l'article 1383 du Code civil et part substitution des motifs du jugement sur ce point, il convient d'admettre que la société Fettatex a abusé du droit de rompre les relations commerciales et les négociations entretenues avec BW en laissant croire qu'elles se poursuivaient normalement et a ainsi engagé sa responsabilité ».

33 Riom 10 juin 1992, RDJA 1992, n.893, RTD.civ.1993.343, obs. J.Mestre.

34 Versailles 21 septembre 1995, RJDA 1996, n.178, RTD civ. 1996 p. 144, obs. J. Mestre.

35Rennes 8 juillet 1929, DH 1929, p. 548 : « *On ne devra pas, pour le calcul des dommages et intérêts, tenir compte des avantages dont la partie lésée a été privée par la non-réalisation de la convention, ce qui, indirectement, rendrait cette convention obligatoire, mais uniquement du préjudice acquis, c'est-à-dire des dépenses et dérangements que la promesse non tenue a provoqués, du dommage matériel et moral qu'elle a entraîné* ».

36 Citée par O. Deshayes, Le dommage précontractuel, RTD com. 2004, p. 187, n°8, note n°35..

37 Versailles 1<sup>er</sup> avril 1999, RJDA 1999.1285. Adde : Paris, 16 déc. 1998, Bull. Joly 04/1999.475, note A. Laude : « *attendu que la société PMG ne peut en outre prétendre se voir indemnisée, s'agissant de la rupture des pourparlers, d'une perte de*

Une partie de la doctrine a largement critiqué cette solution pour proposer de tenir compte du degré d'avancement des pourparlers pour « *décider si la perspective de gain mérite d'être au moins partiellement prise en considération pour évaluer l'indemnité* » (38). Si on comprend bien, l'avancement des négociations aboutit à créer un espoir chez son partenaire, espoir de réaliser les gains permis par la conclusion du contrat, qui devrait d'autant plus être réparé que la perspective du contrat préparé était proche dans son esprit tout au moins (39).

Une telle solution pose plusieurs difficultés. En premier l'appréciation du gain manqué du fait de la non conclusion du contrat, qui peut être résolue de la manière dont le juge apprécie, à la fin d'un contrat abusivement rompu par exemple, le gain manqué. Plus complexe est la question de la mesure de la probabilité de conclusion du contrat (40) : faut-il réparer le préjudice en fonction du taux de probabilité de la conclusion du contrat ? Faut-il au contraire considérer que passé un certain point de probabilité, tout le dommage doit être réparé (41) ?

C'est cette dernière solution que la jurisprudence a emprunté, plus souvent cependant les juges du fond (42) mais également,

---

*profit consécutive à la non réalisation de la cession mais uniquement de la perte de la chance de conclure le contrat envisagé et d'en tirer profit* ».

38 G. Viney, *Introduction à la responsabilité* in J. Ghestin, *Traité de droit civil*, LGDJ 2ème éd. 1995, p.361, n.198.

39 Rennes 29 avril 1992, Bull. Joly 1993, p.463, note J.J. Daigre : « *S'agissant de la rupture abusive de pourparlers, le préjudice résultant de la perte d'une chance de céder l'entreprise doit être indemnisé, sous réserve que le demandeur fournisse des éléments suffisants à la juridiction* ». Comp. Cass. com. 3 mai 1979, Bull. civ. IV, n°137, RTD civ. 1988, p.107, obs. J. Mestre ; JCP éd. E 1999.581, exluant une indemnité du fait de la présence d'une clause en ce sens.

40 P. Mousseron, *Conduite des négociations contractuelles et responsabilité civile délictuelle*, RTD. civ. 1998, p. 243, sp. n°63.

41 A. Laude, *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat* PUAM 1992 ; v. Paris 10 janvier 1990, Dr. soc. 1991, comm. n°23 ; 25 mai 1991, Dr. soc. 1991, comm. n°428.

42 Paris, 16 déc. 1998, préc. Versailles, 1<sup>er</sup> avr. 1999, RJDA 1999, n° 1285 ; Paris, 10 mars 2000, JCP 2001.II.10470, note F. Violet ; Rennes, 27 mars 2002, préc. ; Versailles, 25 sept. 2003, JCP 2004 éd. E., n° 384, obs. P. Mousseron.

quoique plus discrètement, la Cour de cassation (43).

28 Dans un troisième temps, la jurisprudence a cependant changé radicalement de perspective, en se fondant sur le lien causal entre le fait générateur et le préjudice allégué, et donc sur le caractère réparable de la perte de chance de réaliser le gain espéré du fait de la rupture des pourparlers.

Les largesses considérables de la jurisprudence française aboutissait en effet à l'isoler sur la scène internationale (44).

Outre les difficultés techniques plus haut envisagées et les risques de décisions insensées, la question, de principe, qui se pose est celle de la corrélation entre le gain manqué et le principe de la liberté contractuelle. Si en effet, la rupture, serait-elle brutale et fautive, de pourparlers se traduit par l'allocation de dommages et intérêts correspondant à la situation qui aurait été celle de la conclusion du contrat, cela n'aboutit-il pas à forcer la conclusion du contrat ou à tout le moins à assurer une exécution du contrat négocié par équivalent ? Le problème se présente avec acuité lorsque l'une des parties à la négociation pouvait légitimement penser que le contrat avait de très bonne chance d'être conclu.

Face à cette situation et cette critique la Cour de cassation a opéré, ce qu'on désigner comme un revirement de jurisprudence, par un important arrêt en 2003 : « *les circonstances constitutives d'une faute commise dans l'exercice du droit de rupture unilatérale des pourparlers précontractuels ne sont pas la cause du préjudice consistant dans la perte d'une chance de réaliser les gains que permettait d'espérer la conclusion du contrat* » (45), formule ensuite de manière radicale en 2006 : « *une faute commise dans l'exercice du droit de rupture unilatérale des pourparlers n'est pas la cause du préjudice consistant dans la perte de chance de réaliser*

---

43 Cass. com. 25 févr. 2003, n° 01-12660 ; Cass. com. 2 nov. 1993, Bull. civ. IV, n° 380 (pour la rupture d'un contrat) ; Cass 1<sup>re</sup> civ., 15 nov. 1994, Bull. civ. I, n° 334.

44 O. Deshayes, Le dommage précontractuel, RTD com. 2004, p. 187, sp. n°8. V. déjà P. Chauvel, note ss Com. 7 janv. 1997 et 22 avr. 1997, D. 1998.J.50, n° 28.

45 Cass. com. 26 nov. 2003, Bull. civ. IV, n°186, RTD civ. 2004, p. 80, obs. J. Mestre et B. Fages.

*les gains que permettait d'espérer la conclusion du contrat* » (46).

La solution est donc, désormais, le rejet de la réparation du gain manqué.

On peut en tirer deux conséquences. La première est l'observation que le droit français s'intègre désormais davantage dans le concert international de la négociation du contrat, objectif qui était, d'ailleurs, l'un des principaux utilisés pour militer en faveur de la solution nouvelle.

La seconde est que le choix ainsi réalisé par la Cour de cassation, plutôt défavorable à l'application traditionnelle du principe de réparation intégrale, voire de la jonction entre la sanction *morale* de la rupture des pourparlers et sa sanction *juridique*, notamment lorsque la rupture est tardive et que l'auteur de la rupture a laissé persister, voire croître, dans l'esprit de son partenaire, l'idée de la certitude ou de la très forte probabilité de la conclusion du contrat futur s'inscrit dans une perspective qui semble plus cohérente avec l'ensemble de ses décisions qui opère une distance ferme entre le temps de la négociation du contrat, de l'avant contrat, et le temps du contrat, comme c'est le cas, par exemple de la sanction de la rétractation de la promesse unilatérale de contracter (cf. infra). Une critique de la formule pourrait cependant reposer sur l'idée qu'il n'est guère utile de développer une déontologie de la négociation si celle-ci, au final, n'est pas sanctionnée économiquement, encourageant par là même la violation des obligations dans la négociation. **La jurisprudence, en revanche admet que le préjudice lié à la perte de chance de conclure un contrat avec des tiers est réparable.**

La formule retenue demeure cependant ambiguë dans la mesure où, fondée sur l'absence de *lien de causalité*, elle laisse entendre qu'une autre cause pourrait justifier la réparation de ce préjudice, dont il n'est dit qu'il n'est pas réparable. Peut-être aurait-il été plus efficace d'envisager qu'il s'agissait d'un préjudice non réparable, sur le fondement, simple, que ce préjudice existe mais n'est pas *légitime*.

---

46 Cass. civ. 3ème, 28 juin 2006, Bull. civ. IV, n°164, JCP, 2006, II, 10130, note O. Deshayes.



#### 4. – Situation internationale

29 L'internationalisation des contrats aboutit, par itération, à une internationalisation des négociations et partant de leur traitement juridique Il est de plus en plus fréquent que les litiges relatifs à la rupture des pourparlers soulèvent des difficultés de droit international privé (47). La situation se présente ainsi chaque fois que la négociation présente un caractère international, ce qui peut se déduire du caractère international du contrat négocié, des intérêts internationaux de la négociation, du fait que les actions de négociation (rencontres, échanges, etc.) se déroulent dans des Etats différents et que la faute observée dans la négociation n'est pas spécifiquement localisable.

Le conflit de lois qui en résulte est, aujourd'hui, placé sous l'égide des dispositions du Règlement « Rome II » n° 864/2007 du 11 juillet 2007) sur la loi applicable aux obligations non contractuelles. Son article 12.1 dispose que « *la loi applicable à une obligation non contractuelle découlant de tractations menées avant la conclusion d'un contrat est, que le contrat soit effectivement conclu ou non, la loi qui s'applique au contrat ou qui aurait été applicable si le contrat avait été conclu* ». La solution retenue écarte donc la désignation de la loi du lieu du dommage qui est en principe applicable, mais la loi du contrat. Cette technique de désignation est, du point de vue français, plutôt déroutante si on admet que cela revient à attirer la négociation, par nature précontractuelle, dans le giron du contrat. Si la loi du contrat ne peut être déterminée, l'article 12.2 du Règlement Rome II dispose alors que la loi applicable à la rupture des pourparlers est alors : a) celle du pays de survenance du dommage (quel que soit le pays de localisation de son fait générateur ou de ses conséquences indirectes) ou b) la loi du pays où les parties ont leur résidence habituelle commune ou enfin c) s'il résulte de toutes les circonstances que la situation

---

47 P.-Y. Gautier Les aspects internationaux des négociations, RTD com. 1998, p. 493.

présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre, la loi de cet autre pays (48).

On trouve également, à défaut de formulation dans un texte normatif, des propositions dans des documents comme les Principes Unidroit. Par exemple l'article 2.1.15 intitulé *mauvaise foi dans les négociations* dispose : 1) *Les parties sont libres de négocier et ne peuvent être tenues pour responsables si elles ne parviennent pas à un accord ; 2) Toutefois, la partie qui, dans la conduite ou la rupture des négociations, agit de mauvaise foi est responsable du préjudice qu'elle cause à l'autre partie ; 3) Est, notamment, de mauvaise foi la partie qui entame ou poursuit des négociations sachant qu'elle n'a pas l'intention de parvenir à un accord* ». L'article 2.1.16 ((devoir de confidentialité) poursuit : « *Qu'il y ait ou non conclusion du contrat, la partie qui, au cours des négociations, reçoit une information donnée à titre confidentiel par l'autre partie, est tenue de ne pas la divulguer ni l'utiliser de façon indue à des fins personnelles. Le manquement à ce devoir est susceptible de donner lieu à une indemnité comprenant, le cas échéant, le bénéfice qu'en aura retiré l'autre partie* ».

De même, les Principes européen du contrat (49) connaissent des formulations voisines. Ainsi l'article 2:301 (négociations contraires à la bonne foi) indique que 1) *Les parties sont libres de négocier et ne peuvent encourir de responsabilité pour ne pas être parvenues à un accord ; 2) Toutefois, la partie qui conduit ou rompt des négociations contrairement aux exigences de la bonne foi est responsable du préjudice qu'elle cause à l'autre partie ; 3) Il est contraire aux exigences de la bonne foi, notamment, pour une partie d'entamer ou de poursuivre des négociations sans avoir de véritable intention de parvenir à un accord avec l'autre* ».

## **B.– L'identification des règles de la négociation**

<sup>30</sup> La stigmatisation par les tribunaux de certains comportements (50), leur qualification comme faute

---

48 S. Bollée, A la croisée des règlements Rome I et Rome II : la rupture des relations contractuelles, D. 2008, p. 2161.

49 Comp. C. Prieto (dir.), Regards croisés sur les Principes du droit européen du contrat et sur le droit français, PUAM, 2003 ; P. Rémy-Corlay et D. Fenouillet (dir.), Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats, Dalloz, 2003.

50B.Fages, *Le comportement du contractant*, op.cit.

précontractuelle révèle, en miroir, les devoirs que les négociateurs doivent respecter durant l'avant-contrat.

A bien des égards, c'est une présentation inexacte. Pas davantage que la formule de l'article 1383 du Code civil qui stigmatise l'imprudence ou la négligence ne permet de considérer que tout un chacun est *tenu* d'un devoir de diligence ou de prudence. De la même manière l'identification de fautes via notamment des comportements de *mauvaise foi*, ne permettent pas de repérer par inversion les devoirs ou des comportements de bonne foi. L'espace des comportements de bonne foi n'est pas, mathématiquement, l'inverse des espaces de comportements de mauvaise foi.

C'est donc plutôt par pédagogie, ou par goût de la présentation que, classiquement, on associe aux règles de la négociation, un certain nombre de devoirs. En revanche, des normes imposent précisément des comportements positifs particuliers, de véritables devoirs, comme le devoir d'information précontractuelle.

Carbonnier suggérerait de décrire la démarche de la négociation en décrivant les devoirs conjugaux autres que de fidélité, secours et assistance, en passant des injures – ancienne cause du divorce – aux devoirs correspondants méconnus par leurs auteurs (tenir le silence d'un conjoint pour injure cause du divorce revient à affirmer le devoir de conversation des époux). Ainsi peut-on identifier avant et en dehors de tout contentieux les prescriptions que notre droit positif assigne de façon préalable aux agents en pourparlers contractuels. C'est sans doute plus sûrement la période des fiançailles, au temps où cela avait un sens, que la période des pourparlers ressemble le plus : nul n'est obligé de se marier, et la rupture pré-nuptiale est toujours à envisager, même au pied de l'autel, et gare à celui qui y mettra fin en créant un dommage à l'autre.

C'est le plus souvent à l'occasion des ruptures de pourparlers que sont révélées les situations intéressant l'entrée (1), la conduite (2) ou la rupture de la négociation (3).

## 1. - Les devoirs tenant au début de la négociation

31 L'entrée en négociation est, par nature difficile à identifier ; il faudrait être capable d'identifier, à coup sûr l'événement qui l'a déclenchée et ce d'autant que chaque négociation est spécifique.

32 L'entrée en négociation, l'invitation aux pourparlers n'est pas identique à la situation de l'émission d'une **offre**. L'offre de contracter en effet répond au double caractère de la précision, des éléments nécessaires à la formation du contrat, et de la fermeté, l'absence de conditions, de telle manière que *l'acceptation* par le destinataire de l'offre suffit à former le contrat. Il suffit donc qu'une invitation à entrer en pourparlers ne soit ni précise ni ferme pour qu'elle demeure à ce niveau et signifie simplement la volonté de son auteur de se rapprocher d'un ou plusieurs interlocuteurs pour envisager la conclusion d'un contrat dont les éléments restent encore à explorer (51). La distinction suppose donc l'appréciation de ces deux critères, notamment lorsque le destinataire a lui-même émis une manifestation de volonté, à qualifier (52).

Ne constitue pas une offre, par exemple, la simple invitation à entrer en pourparlers, l'interrogation, ni ferme ni précise. N'est pas précise la proposition de contracter qui ne présente pas les éléments essentiels du contrat à conclure et n'est pas ferme celle qui comporte des réserves. La question se pose alors de savoir si la proposition précise est par nature ferme ou non ferme. On considère en général qu'entre commerçants, la proposition n'est ferme que pour autant qu'elle indique la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation. Ce peut être le cas, par exemple de la formule de conditions de vente indiquant que le vendeur n'est lié qu'en cas de confirmation de la commande. Si, un temps, la Cour de cassation refusait un tel mécanisme, alors considéré

---

51 Cf. Cass. com., 17 oct. 2000, n° 98-13176.

52 Cf. Cass. civ. 1ère, 24 nov. 1998, n° 95-21074, Bull. civ. I, n° 328, D. aff. 1999, p. 164, à l'occasion du renouvellement d'un contrat, la demande d'information sur les intentions du partenaire n'est une offre de renouveler.

comme une condition potestative (53), la jurisprudence l'admet depuis (54) (et v. infra, n° ).

33 De manière particulière, le fait d'entrer en négociation par pur artifice, pour leurrer son partenaire et l'empêcher d'engager une négociation plus profitable ou plus efficace (55) ou bien encore d'entamer une négociation sans disposer du pouvoir de le réaliser (56).

Ce type d'entrée en pourparlers trompeuse est également sanctionné face à un consommateur, sur le fondement des règles punissant les pratiques commerciales trompeuses ont vocation à s'appliquer (C. consom., art. L. 121-1 à L. 121-7).

De manière plus commune, l'entrée en pourparlers est stigmatisée par un certain nombre de devoirs parfois très précisément identifiés.

Par exemple, les discriminations contractuelles font l'objet de dispositions particulières, notamment pénales, dont celles de l'article 225-1 du Code pénal. C'est encore le cas de l'article L. 1132-1 du Code du travail, qui en reprend l'essentiel, ou encore de l'article 1<sup>er</sup> de la loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale qui a modifié la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 applicable aux baux d'habitation.

Ces exemples spécifiques montrent à l'inverse que en dehors de ces exemples particuliers, les autres différenciation sont permises. C'est le cas notamment des techniques de choix ou de sélections d'un contractant, parfaitement valables dès lors qu'elles se fondent sur des critères objectifs, relevant de la détermination de l'*intuitu personae*.

De façon plus moderne, les règles du droit de la concurrence apportent leur lot d'exemples, notamment à travers les exemples identifiés par l'article L. 442-6 du Code de commerce et notamment l'obtention d'avantages pécuniaires illégitimes.

---

53 Cass. com. 9 décembre 1980, Bull. civ. IV, n°421, D. 1981.IR.441, obs. B. Audit.

54 Cass. com. 6 mars 1990, n°88-12477, Bul. Civ. IV, n°74, JCP 1990, II, 21583, éd. E., II, 15803, note B. Gross, Defrénois, 1991, p. 356, obs. J.-L. Aubert; RTD civ. 1990.463, obs. J. Mestre.

55Rennes 8 juillet 1929, préc. Cass. civ. 4 janvier 1937, Rev. Soc. 1937. p. 17. Adde P. Mousseron, Conduite des négociations contractuelles et responsabilité civile délictuelle, art.cit., n°21

56Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 12 avr. 1976, Bull. civ. I, p.98, n°122.

34 A l'inverse, l'hypothèse du refus d'entrer en négociation, ou plus couramment du refus de contracter, dit refus de vente, qui peut être assimilé à un refus d'offre, ou un refus d'acceptation, n'est plus aujourd'hui d'actualité, sinon en droit de la consommation (C. consom., art. L. 122-1). Depuis 1996 en effet, le refus de vente n'est plus un cas particulier de responsabilité civile entre professionnel, rétablissant ainsi la liberté de ne pas contracter, et donc de ne pas négocier, dans son champ ordinaire (57), quand bien même, ce fait pourrait constituer un cas d'entente anticoncurrentielle ou un abus de position dominante (C. com., art. L. 420-1 et 420-2).

## **2. – Les devoirs tenant au temps de la conduite de la négociation**

35 La conduite de la négociation durant l'avant-contrat est comme le reste de la négociation soumise au principe de liberté contractuelle de telle manière que ses limitations, exceptionnelles, reposent sur l'identification de devoirs explicitement posés, comme l'obligation d'information précontractuelle (b), ou des devoirs particuliers considérés par inversion de sanction de certains comportements (a). à différentes prescriptions révélées par la sanction de leur inexécution.

### **a. – Les devoirs d'une négociation de « bonne foi »**

36 Le seul texte positif exigeant un comportement de bonne foi est l'article 1134, al. 3 du Code civil. La bonne foi, associée à l'idée de « loyauté », qui ne s'imposait d'ailleurs pas est cependant, classiquement, élargie à tous les stades du contrat et

---

57 V. cependant, sur le terrain des prix imposés Cass. crim., 31 oct. 2000, n° 99-86588, Bull. crim., n° 326, RTD com. 2001, p. 265, obs. B. Bouloc, CCC, 2001, n° 73, obs. M. Malaurie-Vignal, ou sur celui de l'abus de droit : Versailles, 26 avr. 2001, RJDA 2001, n° 916, JCP, éd. E, Cah. dr. entr. 2002, n° 3, p. 31, obs. D. Mainguy et comp. Pau 14 janvier 1969, D.1969.716. V. également, Com. 9 avril 1996, Bull.civ.IV, n.117, Defrénois 1997, p. 329, obs. Ph.Delebecque, RTD.civ.1997p., 118, obs. J.Mestre.

notamment sa formation (58), à l'image des exigences de la formation des contrats internationaux, extension que les différents propositions de réforme du droit des contrats se proposait de généraliser. Faisant appel à des notions anglo-américaines de « *Good Faith* », « *Reasonable Care* », « *Due Diligence* », et révélés par les Principes Unidroit par exemple (cf. Supra, n° ), résulte la désignation d'un certain nombre de comportements particuliers (59).

L'identification d'un tel *devoir de négociier de bonne foi* n'a cependant pas beaucoup de signification opérationnelle, sinon dans le cas classique où l'un des partenaires confère à une négociation une probabilité apparente de succès largement supérieure à la réalité. Toutefois, « *être de bonne foi, être loyal* » consiste à ne pas être déloyal, sans que cette déloyauté soit révélée par une casuistique quelconque, son à l'aune de situations particulières.

Le *devoir de négociier de bonne foi* est donc moins un « devoir » particulier qu'un standard, un cadre général permettant de résoudre des cas concrets.

37 L'un de ces cas particuliers repose sur l'interrogation de l'existence d'un « *devoir d'exclusivité* ». Un partenaire ayant engagé une négociation doit-il réserver celle-ci à son partenaire ou peut-il mener plusieurs négociations parallèles, et ce faisant doit-il informer son partenaire ?

La réponse, assez ordinaire, négative à cette question n'est finalement pas très répandue, mais suffisante (60).

---

58Cass. 1<sup>re</sup> civ., 14 juin 2000, n° 98-17494, RJDA 2000, n° 949 : « *la loyauté doit régir les relations entre les parties, non seulement durant la période contractuelle mais aussi pendant la période précontractuelle* ».

59 Cf. J. Mestre, obs. sous Cass. civ. 10 mai 1989, RTD civ.1989, p. 738 : « *à quoi sert, en effet, d'exiger la bonne foi dans l'exécution du contrat si on ne l'impose pas au stade premier, et à bien des égards décisifs, de la formation même de l'acte* ».

60Versailles, 5 mars 1992, Bull. Joly 1992, p. 636, note J. Schmidt J., RTD civ. 1992, p. 752, obs. J. Mestre ; Bordeaux 4 juin 1996, JCP éd.E 1997.I.617, obs. P.Mousseron, Cass. com., 15 déc. 1992, n° 90-19608, Bull. civ. IV, n° 415, RJDA 1993, n° 296, RTD civ. 1993, p. 577, obs. J. Mestre, à propos des négociations menées dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres « *le cessionnaire n'est tenu d'informer le cédant ni des négociations tendant à*

Dès lors, la question de savoir si celui qui mène ainsi, librement, plusieurs négociation, doit informer ses partenaires qu'il mène des *négociations parallèles*, la réponse est également négative (61).

Il n'en résulte pas une licence donnée, sous couvert de la liberté de la négociation. L'existence de négociations parallèles peut ainsi constituer un indice permettant, avec d'autres, de caractériser une faute par exemple si elle s'inscrit dans un comportement de mauvaise foi, et notamment, si ce parallèle conduit à laisser croire qu'un contrat sera conclu, alors que les négociations parallèles menées avec un tiers ont déjà abouti et rendu impossible la conclusion de ce contrat (62).

38 Plus complexe est la question de savoir si un « *devoir de confidentialité* » accompagne les négociations, ainsi qu'e, disposent les Principes Unidroit (Art. 2.1.16, cf. supra) lorsqu'une information est confiée à titre confidentiel.

---

*l'acquisition par un tiers d'autres titres de la même société ni de celles qu'il conduit lui-même avec ce tiers en vue de lui céder ou de lui apporter les titres faisant l'objet de la cession ».*

61 Cass. com., 26 nov. 2003, préc. : « *le simple fait de contracter, même en connaissance de cause, avec une personne ayant engagé des pourparlers avec un tiers ne constitue pas, en lui-même et sauf s'il est dicté par l'intention de nuire ou s'accompagne de manœuvres frauduleuses, une faute de nature à engager la responsabilité de son auteur* » ; Cass. com., 12 mai 2004, n° 00-15618, Bull. civ., n°94, RTD civ. 2004, p. 500, obs. J. Mestre et B. Fages, à propos d'une cession d'actions.

62 Cass. com., 20 mai 1972, préc. ; Cass. com., 26 nov. 2003, n°s 00-10.243 et 00-10.949, Bull. civ. IV, n° 186, RTD civ. 2004, p. 80, obs. Mestre J. et Fages B. : « *Mais attendu, d'une part, qu'après avoir relevé, d'un côté, que les parties étaient parvenues à un projet d'accord aplanissant la plupart des difficultés et que la société Alain Manoukian était en droit de penser que les consorts X étaient toujours disposés à lui céder leurs actions et, d'un autre côté, que les actionnaires de la société Stuck avaient, à la même époque, conduit des négociations parallèles avec la société Les complices et conclu avec cette dernière un accord dont il n'avaient informé la société Alain Manoukian que quatorze jours après la signature de celui-ci, tout en continuant à lui laisser croire que seule l'absence de l'expert-comptable de la société retardait la signature du protocole, la cour d'appel a retenu que les consorts X avaient ainsi rompu unilatéralement et avec mauvaise foi des pourparlers qu'ils n'avaient jamais paru abandonner et que la société Alain Manoukian poursuivait normalement ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, la cour d'appel a légalement justifié sa décision* ».



D'une manière générale, des négociations emportent souvent la présentation d'informations techniques, commerciales ou financières et nécessaires à la séduction ou la conviction du partenaire. La solution proposée par les Principes Unidroit n'est pas générale : elle suppose que celui qui a reçu une information présentée comme confidentielle peut être conduit à verser une indemnisation s'il la révèle. Cette présentation montre l'ambiguïté de la situation. Si par hypothèse ici, aucun contrat de la négociation n'a été prévu, il en résulte qu'aucun accord de confidentialité n'a été envisagé. Dès lors cette question se présente de manière assez académique : on peut penser que toute communication d'information sensible suppose la conclusion préalable d'un accord de confidentialité, même limité à cette communication et ne s'étendant pas à toute la négociation. Par conséquent, l'hypothèse d'une communication sans un tel accord relève d'un cas d'école ou bien d'une singulière légèreté. Une telle légèreté, si elle devait être retenue risquerait de compromettre la demande d'indemnisation de la victime de la communication par son destinataire, faute de pouvoir identifier un critère permettant de distinguer une information confidentielle d'une autre.

Autre est la question de la confidentialité de la négociation elle-même. Rien ne permet d'affirmer qu'un devoir de confidentialité s'impose sur l'existence de la négociation, mais on peut estimer que la diffusion d'une telle information, alors qu'elle serait préjudiciable, en connaissance de cause, pour l'autre partie pourrait constituer une faute réparable.

<sup>39</sup> Dans le même ordre d'idée, la question s'est posée de savoir si les négociateurs supportaient un « *devoir de sincérité* ». L'article 2.1.16, 3) précise ainsi qu'« *Est, notamment, de mauvaise foi la partie qui entame ou poursuit des négociations sachant qu'elle n'a pas l'intention de parvenir à un accord* ». On mesure que cette exigence a de difficile à identifier, sinon comme indice combiné à d'autres, comme précédemment (63), par exemple pour identifier une faute à ne pas informer l'autre partie aussi rapidement que possible qu'elle a changé d'avis, qu'elle envisage de formuler une contre offre ou qu'elle a conclu un accord avec un tiers.

## **b. – Les devoirs d'information précontractuels**

<sup>40</sup> Le devoir dont la méconnaissance est le plus fréquemment, dénoncée est le *devoir d'information* ou devoir de renseignement

---

63 Cass. com.20 mars 1972, préc. Adde Cass. com.9 févr.1981, D.1982. p. 4, note J. Schmidt, à propos d'un renouvellement proposé, fondamentalement différent du précédent.

(64). Tout à la fois formule de validation du caractère intégré et éclairé du consentement permettant de renforcer la police du consentement et de devoirs précontractuels, ce devoir ou cette obligation fait l'objet d'analyses divergentes et de manifestations plurielles durant la négociation. Plus exactement c'est à l'occasion d'une information qui *aurait dû être donnée* ou une information qui *n'aurait pas dû être donnée*, au-delà des obligations légalement posées, que se manifeste le comportement exigé (cf. infra, n° ), que ce soit sous les formes de dol positif ou de réticence dolosive.

Celui qui sait doit prendre l'initiative de partager ses connaissances, en une sorte de contractualisation du principe des vases communicants, ou d'une francisation de l'obligation anglo-américaine de « *disclosure* », imposant au vendeur un rôle actif dans la délivrance de l'information (65).

Il peut s'agir d'informations techniques, commerciales, financières, le fait de signaler les risques d'une opération, un peu comme dans le cas de la loi *Doubin* et la préparation de certains accords de distribution (C. com., art. L 330-3 et infra, n° ).

On pourrait surtout se demander si la préparation du contrat n'appelle pas un *devoir de coopération* entre les parties en voie de rapprochement (66). C'est ainsi que les contrats les plus sophistiqués appellent des communications élaborées entre les parties. C'est le cas des contrats de transfert de technologie qui imposent la diffusion d'informations sensibles, suffisamment pour intriguer l'autre partie mais suffisamment réservée pour conférer un intérêt à l'opération de cession de contrôle ou de fusion-acquisition de sociétés. Une formule assez originale est celle de la *data room* qui consiste à réunir toutes les informations considérées comme importantes et, moyennant la conclusion d'un accord de confidentialité, de laisser accès ces informations,

---

64 V. M.de Juglard, *L'obligation de renseignement dans les contrats*, RTD.civ. 1945.1; M.Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats*, Bibl.dr. privé, t.221, LGDJ 1992.

65 V. M.L.Corde et J.Y.Trochu, *La phase de pourparlers dans les contrats internationaux*, RDAI 1997.3 sp. p.18-19.

66V. F. Dienes, *L'exigence de la coopération contractuelle dans le commerce international*, RIDA 1999, p. 737, J. Mestre, RTD civ. 1986, p. 100 ; Cass. com. 7 mars 1972, Bull.IV, n°83.

dans une salle close, la *data room*, modernisée sous la forme de données numérisées.

### c. – Le « devoir » de maintenir l'offre

41 On admet assez classiquement que l'émetteur de l'offre doit maintenir son offre. C'est le cas de l'offre assortie d'un délai (67) mais également en l'absence de délai alors que l'offre devrait être maintenue pendant un « *délai raisonnable* ». Pourtant, ce devoir n'est 'objet d'aucune conséquence particulière. Quand bien même la jurisprudence multiplie l'affirmation du principe du maintien de l'offre, aucune sanction n'affecte la violation de cette exigence, sinon l'engagement hypothétique de la responsabilité de l'offrant, et certainement pas la continuation forcée de l'offre en vue d'une conclusion contrainte du contrat (68).

### 3. – Les devoirs tenant à la fin de la négociation

42 La fin de la négociation peut être de manière heureuse la conclusion du contrat, laquelle conclusion ne signifie pas que le contrat soit en lui-même valide : les contrats valables ou annulables sont pareillement négociés. L'hypothèse néfaste est en revanche celle de l'échec de la négociation qui se manifeste notamment par sa rupture (69), à l'occasion de laquelle la

---

67 Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 10 mai 1968, Bull. civ. III, n° 209 : « *si une offre de vente peut en principe être rétractée tant qu'elle n'a pas été acceptée, il en est autrement au cas où celui de qui elle émane s'est expressément engagé à ne pas la retirer avant une certaine époque* » ; Cass. civ. 3<sup>e</sup>ème, 7 mai 2008, n° 07-11690 : JurisData n° 2008-043796 ; JCP G 2008, I, 179, n° 1 obs. Y.-M. Serinet ; RDC 2008, p. 1109, note T. Génicon.

68 Comp. C. Grimaldi, Quasi-engagement et engagement en droit privé, préf. Y. Lequette : Defrénois, 2006, n° 703s ; Rapp. Cass. civ. 3<sup>e</sup>ème, 7 mai 2008, préc., Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 30 mai 2009, n° 08-13230, Bull. civ. III, n° 118.

69 Riom 10 juin 1992, RJDA 1992, n.893, RTD.civ. 1993.343, obs. J.Mestre : « *Si la liberté est le principe dans le domaine des relations précontractuelles, y compris la liberté de rompre à tout moment les pourparlers, il n'en est pas moins vrai que lorsque ces derniers ont atteint en durée et en intensité un degré suffisant pour faire croire légitimement à une partie que l'autre est sur le point de conclure et, partant, pour l'inciter*

jurisprudence peut identifier des fautes : par manquement à un devoir de prudence, en évitant une rupture trop brutale, de courtoisie en évitant d'ébruiter les raisons de l'échec, voire de restitution si des documents ont été échangés, un peu à la manière des fautes sanctionnées dans la rupture de fiançailles.

43 Il reste cependant que le principe est celui de la liberté de rupture des négociations, comme synonyme de liberté de ne pas conclure le contrat négocié : la fin malheureuse de la négociation n'est pas, en principe, fautive.

Relève de la rupture « valable » la rupture (70), celle qui est convenue entre les parties (71), celle qui est à peine entamée (72),

---

*à certaines dépenses, la rupture est alors fautive, cause un préjudice et donne lieu à réparation ».*

70 P. Chauve, Rupture des pourparlers et responsabilité délictuelle, Dr. & patr. 1996, n° 43, p. 36 et les nombreuses références.

71 Paris, 19 janv. 2001, RTD civ. 2001, p. 350, obs. J. Mestre et B. Fages B : « *considérant qu'en l'espèce, s'il y a bien eu des pourparlers avancés entre les parties caractérisés par un certain délai, la remise d'argent et un rendez-vous chez le notaire, il apparaît que la rupture des pourparlers a été faite de convenance entre les époux I et Mme N ; qu'en raison de leurs bonnes relations antérieures de voisinage, les époux I en signant l'acte du 14 septembre 1994, n'ont pas estimé devoir réclamer à Mme N une indemnité d'immobilisation, ni protesté et se sont satisfaits d'obtenir un prêt sans intérêt puisqu'ils n'ont pas assigné Mme N en exécution forcée du rendez-vous notarié afin que soit délivré un procès-verbal de carence ; qu'il suit que les époux I sont mal venus à se prévaloir maintenant d'une faute de Mme N ».*

72 Paris, 13 déc. 1984, RTD civ. 1986, p. 97, obs. J. Mestre, Cass. com., 20 juin 2000, n° 96-16497, RJDA 2000, n° 1068, Cass. com., 17 mars 2009, n° 08-12830, RJDA 2009, n° 594, Cass. com., 12 janv. 1999, n° 96-14604, RJDA 1999, n° 371, Dr. & patr. 1999, n° 74, p. 97, obs. Chauvel P.) : « *Mais attendu que l'arrêt relève notamment qu'au moment où la rupture a été signifiée, le 11 septembre 1990, les négociations qui n'étaient engagées que depuis le mois de mars précédent étaient très loin d'aboutir, puisque si les parties étaient bien d'accord sur l'opportunité d'un partenariat, elles n'avaient encore défini ni le prix, ni les objectifs, que le plan de développement n'était pas ébauché, que ni la conclusion du pacte d'actionnaires, ni la possibilité pour la Compagnie La Hénin de contrôler les sociétés détenues par les conjoints Bussereau n'avaient été discutées et que rien n'avait été décidé non plus en ce qui concerne les SCI et la vente éventuelle de leurs biens ; que les conjoints Bussereau, qui sont des professionnels avertis et qui ne pouvaient ignorer qu'à ce stade de nombreux obstacles restaient à franchir avant de parvenir à un accord définitif ni surtout que l'aboutissement du projet était étroitement lié à la conjoncture économique du moment, ne sauraient donc*

ou bien encore des relations qui se sont enlisées (73) ou établissant un désaccord persistant entre les négociateurs (74) ou une rupture qui serait justifiée par des considérations économiques, comme le risque d'insolvabilité ou de non fiabilité de l'autre partie (75).

Ce n'est qu'exceptionnellement, sur la base d'une faute, ordinaire, dont le contenu doit être prouvé par celui qui se plaint de cette rupture (76), qu'une telle issue peut conduire à une sanction, dans les limites du préjudice réparable par ailleurs : aucune présomption de faute n'est envisagée en cas de rupture, aussi dommageable serait-elle, apparemment ou réellement, pour l'autre partie.

Une telle présentation rend davantage compte peut-être des différences avec les règles prévalant en droit anglo-américain. Le

---

*prétendre que les négociations étaient sur le point d'aboutir et que leur rupture brutale a été fautive alors qu'elle est intervenue à un moment où les parties en étaient encore à évaluer les risques et les chances du contrat envisagé sans d'ailleurs disposer de tous les éléments nécessaires à la décision et qu'elles étaient donc libres de tout remettre en cause sans avoir à fournir de justification légitime ; que les consorts Bussereau n'établissent pas que la société Sofiroute serait intervenue, pendant les négociations, dans la gestion de leur groupe, et que si pendant cette période leurs choix stratégiques ont pu être influencés par la perspective du partenariat alors envisagé, l'arbitre a retenu à bon droit qu'ils avaient, ce faisant, délibérément pris un risque qu'ils devaient assumer en "pariant" sur la réussite des négociations engagées ; qu'en l'état de ces énonciations et constatations, la cour d'appel a pu statuer comme elle l'a fait ; que le moyen n'est pas fondé ».*

73Cass. 2<sup>e</sup> civ., 5 janv. 1994, n° 92-13856, « *En interrompant des négociations qui n'aboutissaient pas après plusieurs mois, M. Clair ne s'était pas rendu coupable d'une brusque rupture et que la société French productions n'avait fait qu'user normalement de la liberté d'entreprendre sans qu'aucune manœuvre délictuelle ne soit prouvée à son encontre* ».

74Cass. com., 9 mars 1999, n° 96-16559, Bull. civ. IV, n° 54, Cass. civ.1<sup>ère</sup>, 28 oct. 2003, n° 00-11493, « *l'échec des pourparlers(...) n'était dû qu'à la divergence sur l'évaluation des actions* » ; Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 4 mars 2004, n° 02-14022 : « *rien ne démontre que les sociétés auraient commis une faute en exerçant leur liberté de mettre un terme aux pourparlers infructueux qui s'étaient poursuivis pendant huit mois et au cours desquels elles avaient présenté à M. X de multiples offres que celui-ci n'a jamais acceptées avant la rupture desdits pourparlers* ».

75Paris, 13 sept. 2007, RTD civ. 2008, p. 101, obs. B. Fages, Cass. com., 20 nov. 2007, n° 06-20332, RTD civ. 2008, p. 101, obs. B. Fages, Cass. com., 16 févr. 2010, n° 09-12097, RJDA 2010, n° 636.

76Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 17 déc. 1998, n° 97-14970, D. aff. 1999, p. 254.

principe en effet est celui de l'absence de règles particulières de la négociation et en particulier l'absence de principe de devoir de négociier de bonne foi, dont on a pu se rendre cependant compte de la maigreur en droit français, même si, dans ces systèmes la prise en compte, non point des « fautes » ou de la « responsabilité » durant les négociations, mais du développement d'un devoir de ne pas se contredire, dit « estoppel » permet sans doute d'envisager une évolution (77).

44 De manière plus large, les tribunaux retiennent deux types de fautes qu'ils spécifient par le caractère brutal ou abusif (ou fautive) de la rupture, sans d'ailleurs que la distinction soit toujours parfaitement établie, la rupture pouvant être brutale et fautive (78).

#### a. – Caractère *brutal* de la rupture

45 Une jurisprudence établie sanctionne la brutalité d'une rupture de la négociation. Cette brutalité peut être caractérisée à la fois substantiellement, alors que rien ne laissait prévoir cette rupture, mais aussi par la manière cavalière dont la rupture est annoncée par un simple coup de téléphone pour de longues négociations (79) ou bien la veille du jour de la signature prévue entre les parties (80) voire le jour même (81) ou encore en ne se

---

77 Cf. F.-X. Testu, Contrats d'affaires, op. cit., n°21.20 ; J. Cartwright, « Analyse comparée de la responsabilité précontractuelle dans les droits européens », in L'avant-contrat, Colloque Univ. Amiens, PUF 2008, p. 31 s., spéc. p. 37 et p. 40.

78 Cf. Cass. com., 18 janv. 2011, n° 09-14617, sanctionnant celui qui « *avait rompu sans raison légitime, brutalement et unilatéralement, les pourparlers avancés qu'il entretenait avec son partenaire qui avait déjà, à sa connaissance, engagé des frais et qu'il avait maintenu volontairement dans une incertitude prolongée en lui laissant croire que l'affaire allait être conclue à son profit, avait manqué aux règles de la bonne foi dans les relations commerciales et avait ainsi engagé sa responsabilité délictuelle* »

79 Cass. com. 20 mars 1972, préc.

80 Cass. civ., 1ère, 6 janv. 1998, n° 95-19199, Bull. civ. I, n° 7, JCP G 1998, II, 10066, note B. Fages.

81 Paris, 16 déc. 1998, Bull. Joly Sociétés 1999, p. 470, note A. Laude.

présentant pas à la réunion prévue (82).

A bien des égards, c'est moins le caractère brutal en lui-même qui est ainsi sanctionné que son caractère intempestif, inattendu (83).

La question pourrait se poser de savoir ce qui serait attendu du contractant qui décide de rompre pour éviter de subir le grief de brutalité de la rupture et notamment le fait de prévenir, par un préavis, que la négociation va être rompue, ce qui n'a pas beaucoup de sens. Ce qui tend à montrer, une fois de plus que ce n'est pas réellement la brutalité qui est sanctionnée en elle-même, mais bien le fait qu'elle accompagne d'autres indices illustrant la faute de son auteur. Pourtant, la jurisprudence tend à admettre l'application de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce, dont les dispositions intéressent sanction de la rupture brutale de relations commerciales établies (84).

### **b. – Caractère *abusif* de la rupture**

46 Le reproche de rupture abusive ou fautive repose sur diverses circonstances, souvent assez proches, qui caractérisent une faute.

L'absence de motifs légitimes peut caractériser cette faute, étant entendu qu'il n'est pas nécessaire de fournir un motif quel qu'il soit, pour justifier la rupture, *a priori* (85). Rien n'interdit, cependant, de fournir un tel motif, à condition qu'il soit cependant exact.

Le cas traditionnel demeure celui de l'absence de motivation de rupture. L'absence de motif légitime est alors une circonstance susceptible de déterminer l'existence d'une faute (86), parfois à elle seule (87) : e qui est alors reproché

---

82 Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 14 juin 2000, n°98-17494, RJDA 20000, n°949.

83 Cf. P. Chauvel, note sous Cass. com., 7 janv. 1997 et Cass. com., 22 avr. 1997D. 1998, p. 45.

84 CA Montpellier 11 août 1999, JCP 1999, éd.4, n° sp., Cah.dr.ent. 1999/5, p.19, n°3, obs. D.Mainguy ; Cass. com., 5 mai 2009, n°08.11916 >document n° .

85 Paris 18 janvier 1995 D. aff. 1996, p. 10, n°5.3.

86 Cf. Cf. Cass. com., 18 janv. 2011, n° 09-14617, préc.

87 Cf. Cass. com., 11 juill. 2000, n° 97-18275, CCC 2000, n° 174, obs. L. Leveneur

c'est la désinvolture de l'auteur de la rupture, une rupture « *sans motif réel et sérieux* » (88). Or, les motifs légitimes abondent : solution alternative plus avantageuse proposée par un tiers, retour financier négatif, perte de confiance, voire de l'*intuitus personae* du partenaire, dégradation de la surface financière du contractant, etc.

Le temps de la négociation n'est d'ailleurs pas étranger à l'appréciation de la faute. Si une interruption précoce peut identifier une négociation leurre ou malintentionnée (Cf. supra, n° ), une rupture trop tardive n'est guère mieux reçue par les tribunaux, en ce qu'elle a laissé espérer dans la perpétuation de la négociation l'idée de son succès (89).

C'est, à bien des égards, le moteur de la justification de la sanction d'une rupture des négociation : avoir laissé germer et croître l'idée, en toute confiance, en l'issue heureuse de la négociation. Ce qui laisse à penser que plus la négociation dure, et s'enracine, et plus le risque que sa rupture soit fautive grandit (90), car plus il apparaît que l'autre, la « victime » de la rupture a crû, sincèrement, en la forte probabilité de la conclusion du

---

88Cass. com., 7 janv. 1997, n° 94-21561, D. 1998, p. 45, note P. Chauvel : « *Attendu , d'une part, qu'après avoir retenu que les pourparlers entre les deux sociétés s'étaient déroulés pendant une longue période, et que des contacts prolongés avaient été volontairement maintenus pour parvenir au projet final en demandant qu'il soit apporté des modifications aux trois propositions élaborées par la société Eurolacatique, et que la Banque franco-allemande avait, sans explication, refusé ces trois propositions et, sans motif légitime, rompu brutalement les pourparlers* ». Rapp. Cass. com., 7 avr. 1998, n° 95-20361, JCP E 1999, n° 4, p. 169, obs. P. Mousseron ; Paris, 10 mars 2000, JCP E 2001, n° 10, p. 422, note F. Violet.

89Cass. com., 22 févr. 1994, n° 91-18842, Bull. civ. IV, n° 79, RTD civ. 1994, p. 850, obs. J. Mestre ; Cass. com., 18 juin 2002, n° 99-16.488, RJDA 2002, n° 1111, RTD civ. 2003, p. 282, obs. J. Mestre et B. Fages.

90 Cass. Com. 20 mars 1972, préc., Cass. com., 22 avr. 1997, n° 94-18953, D. 1998, jur., p. 45 note P. Chauvel, Cass. com., 7 avr. 1998, n° 95-20361, préc. « *En retenant que le fait de laisser espérer à la société Poleval pendant quatre années un accord définitif qui n'a été abandonné selon les propres dires de la société Sandoz que pour des considérations internes au groupe ne mettant aucunement en cause la qualité du produit, ce dont il résulte que la rupture de pourparlers s'étant étendus sur un temps très long et ayant occasionné de nombreuses études ne tenait aucunement au résultat des dites études et se trouvait dépourvue de motif légitime, la Cour d'appel... a pu décider que la société Sandoz avait manqué de loyauté à l'égard de la société Poleval lui causant un préjudice* » ; Riom, 10 juin 1992, JCP E 1993, I, n° 231, note J. Schmidt, RTD civ. 1993, p. 343, obs. J. Mestre.



contrat.

La situation s'envenime notamment lorsque celui qui subi la rupture a semblé obtenir des assurances, des encouragements dans sa croyance : le temps passé à la négociation, l'échelonnement des rendez-vous, la connaissance des investissements réalisés (91), la faible distance entre les propositions respectives (92), etc.

47 Il est bien difficile de présenter des modalités ou des caractères définis de la faute susceptible d'être commise et sanctionnée, tant l'analyse est factuelle. Bertrand Fages a montré par exemple comment les juridictions, y compris la Cour de cassation, se livrent « à une analyse très détaillée, presque historique de la phase précontractuelle pour apprécier l'existence d'une légèreté blâmable » (93). Certains caractères apparaissent cependant avec plus de netteté. Ainsi, pour que le caractère fautif d'un comportement apparaisse, pour qu'il y ait confiance brutalisée, il faut, d'abord, qu'il y ait eu confiance, c'est-à-dire conscience d'une forte probabilité de succès des pourparlers tenant, elle-même, à la durée et à l'intensité des discussions et attestée, souvent, par les dépenses engagées par la « victime » de la rupture. Il y a, également, faute, imprudence, à laisser trop vite emporter sa confiance. Le devoir de prudence n'est pas unilatéral; il pèse sur chacun des partenaires à l'avant-contrat.

Enfin la victime elle-même pourrait ne pas être sans reproche, soit qu'il ait été imprudent (94) ou trop enthousiaste.

## CHAPITRE 2. – LES INSTRUMENTS DE LA NEGOCIATION

48 La négociation d'un contrat peut elle-même, au-delà des hypothèses de négociation informelle s'accompagnée de documents de nature contractuelle, voire être l'objet d'un

---

91 Cass. com. 20 mars 1972, préc.

92 Cass. com. 7 janv. 1997, n°94-21561, D.1998.45, note P. Chauvel

93 B.Fages, Le comportement du contractant, op.cit., n°576.

94 Cass. civ. ère 5 nov. 1996, n° 94-20817, RTD civ. 1998, p. 97, obs. J. Mestre ; Cass. com., 15 oct. 2002, n° 00-13738, RTD civ. 2003, p. 282, obs. J. Mestre et B. Fages.

contrat.

Le seul contrat de la négociation connu dans le Code civil est la promesse de vente, alors que la pratique a forgé depuis bien des outils.

Certains de ces outils sont des opérations contractuelles connues : contrat de promesse, pacte de préférence, contrat cadre, contrat de négociation. D'autres sont des formules plus ambiguës comme les protocoles d'accord, les conditions générales de vente, l'ensemble des « documents contractuels » en général (95), et se situent en principe dans un domaine précontractuel sans doute mais sans accéder au rang contractuel, en dépit de la désignation usuelle : ils ne sont pas des contrats et n'en sont parfois même pas l'ébauche. Ils sont cependant susceptibles de créer des obligations, des devoirs, ou, en se rejoignant, le contenu d'un contrat.

Au sein des instruments de la négociation, une distinction élémentaire peut alors être proposée : aux *Instruments non contractuels de la négociation* (Section 1), succéderont les *Instruments contractuels de la négociation* (Section 2), plus représentatifs des contrats préparatoires.

### **Section 1. – Les instruments non contractuels de la négociation**

<sup>49</sup> Il est plutôt malaisé, voire difficile, d'espérer recenser l'ensemble de ces instruments non contractuels de la négociation, d'autant qu'ils se rapprochent plus ou moins de la technique de l'offre, moment ultime précédant la conclusion du contrat, dans la mesure où l'offre peut s'envisager de façon autonome, sans qu'une acceptation intempestive ne vienne perturber son statut.

C'est ainsi que l'on peut classer parmi les instruments de la négociation, au sens où celle-ci est constituée de l'ensemble des préparatifs de la formation d'un contrat, un certain nombre de documents précontractuels unilatéraux accompagnant l'offre ou l'acceptation, conditions générales, devis, bon de commande, etc., qui constituent au cœur même de la période de l'avant

---

95 F. Labarthe, *La notion de document contractuel*, LGDJ, 1994.

contrat l'environnement précontractuel et documentaire de la négociation (Section 1) mais aussi les instruments *a priori* non contractuels ou à tout le moins dont la portée contractuelle, quoique discutée, n'était généralement pas souhaitée par les parties à la négociation (Section 2).

## **I. – Les document de l'environnement précontractuel de la négociation**

<sup>50</sup> Ces documents pullulent au stade de la formation des contrats notamment lorsqu'ils sont formés entre absents, parmi l'ensemble de ce que l'on peut appeler les documents commerciaux : factures, bons de garantie, de livraison, de réception, etc. et qui ponctuent unilatéralement la vie des contrats. Leur contenu est d'autant plus intéressant lorsque le contrat est conclu entre absents dans la mesure où il détermine le *negocium*. Au stade de la négociation du contrat, un certain nombre de ces documents peuvent être inventoriés (A) ne serait-ce que pour préparer leur éventuelle concurrence (B).

### **A. – Inventaire de quelques documents contractuels**

#### **1. – Les documents publicitaires**

<sup>51</sup> Les documents publicitaires sont surtout connus pour le contrôle dont il sont l'objet, de la publicité comparative ou de la publicité de nature à induire en erreur, aux mentions obligatoires, aux restrictions, en matière de publicité pour de l'alcool ou du tabac par exemple. Les documents publicitaires sont, surtout, des documents susceptibles de devenir de véritables documents contractuels.

Ces règles spéciales ne sont cependant pas réservées à un type particulier et mal défini de document publicitaire. N'importe quel document, peut servir de support à l'élément matériel de l'une ou l'autre de ces infractions (96). Un document intitulé « *contrat* » peut également constituer un document

---

96 Cf. Crim. 13 novembre 1980, Rev. Conc. consom. 1981, n15, à propos de documents prenant la forme de facture, de bons de commande et de bons de livraison.

publicitaire, comme le célèbre « *contrat de confiance* » largement diffusé au profit d'une enseigne de distribution spécialisée (97).

En effet, ils sont, au moins, des invitations à entrer en pourparlers et, au plus, une offre, dès lors que leur contenu est ferme et précis, susceptibles d'ailleurs de participer à la démonstratio de l'existence d'un dol (98).

52 Pour pallier ce risque d'attraction d'un document publicitaire vers le contrat, certains documents ajoutent parfois une clause « *document non contractuel* », « *photo non contractuelle* », « *ce document n'a pas de valeur contractuelle* »... de nature à lui retirer son caractère ferme et, partant, à lui refuser la qualité d'offre.

L'enjeu est alors de faire prévaloir la volonté de l'auteur de ce document, acte unilatéral, ou le risque que cette clause cache quelque déloyauté. Un principe de cohérence contractuelle, appuyé sur l'adage *protestatio non valet contra factum* (99) justifierait que l'on ne puisse avancer une chose, présenter une offre, et son contraire, retirer tout caractère d'offre au document qui la contient. On a parfois écrit que cette maxime n'avait jamais reçu de véritable consécration (100) en sorte qu'un principe de cohérence ne devrait s'appliquer que lorsque la contradiction est flagrante (101) ou lorsque la clause « *document non contractuel* » est illisible, dévoilant la volonté sinon de tromper du moins de cacher. Il en résulte l'idée d'un « principe de cohérence contractuelle », établi à partir des décisions de jurisprudence qui

---

97 Cf. T. Corr. Metz, 22 avril 1982, cité par R. Bout, C. Priéto et M. Bruschi, *Droit économique, Lamy*, n°2649.

98 Cf. Cass. civ. 3ème, 13 janvier 1982, JCP 1983, II, 20026, note B. Stemmer; Cass. civ. 3ème, 2 avril 1979, Gaz. Pal. 8 avril 1980, p.7, note A. Plancqueel, Defrenois, 1980, p.953, obs. Souleau; Cass. civ. 3ème, 23 janvier 1979, D. 1980.412, note F. Steinmetz, JCP 1979, II, 19241, note B. Stemmer et v. supra n°79.

99 Cf. D. Houtcieff, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, op. cit.; J. Ghestin, *Force obligatoire des documents publicitaires*, in *Le contrat d'adhésion et la protection du consommateur*, Coll. Ass. dr. et com., ENAJ, 1978, p. 229 ; B. Célice, *Les réserves et le non vouloir dans les actes juridiques*, LGDJ, 1968.

100 Cf. B. Célice, op.cit., n°311.

101 B. Célice, op.cit., n°405; F. Labarthe, *La notion de document contractuel*, op.cit., n°190.

l'utilisent, même sans s'autoriser d'une formulation expresse du principe. Quelques juridictions du fond ont écarté cette clause dès l'instant où le contenu du document était suffisamment précis et détaillé (102) selon une tendance naturelle à considérer comme juridique ce qui est présenté comme ne l'étant pas (103).

A bien des égards donc, face à une contradiction du type selon laquelle un document propose la conclusion d'un contrat sur la base d'information présentée comme non contractuelle, la jurisprudence tendrait à faire prévaloir le caractère, sinon contractuel, du moins « engageant » de l'information. Aucune automaticité, cependant, dans l'application du principe. Ainsi, un arrêt d'appel ayant considéré qu'une plaquette publicitaire « *ne constituait que la matérialisation du devoir de renseignement requis du vendeur professionnel* » était censuré par la Cour de cassation : « *la plaquette distinguait elle-même ce qui était contractuel de ce qui n'était pas contractuel* » (104).

Inversement dans un arrêt du 17 juin 1997 (105) la Cour de cassation avait montré tout l'intérêt de ce principe à propos d'une machine à libeller les chèques vantée comme absolument infalsifiable et pourtant, falsifiée : « *attendu qu'ayant relevé que la société Satas avait garanti dans ses documents publicitaires que les chèques libellés au moyen de la machine étaient infalsifiables et, d'un côté, que la société Tomy, malgré l'utilisation de cette machine qu'elle avait achetée à la société Satas, avait été victime de chèques falsifiées, l'arrêt a exactement retenu que la société Satas avait manqué à son engagement* ».

Cette situation est exactement opposée à la situation prévalant par exemple en droit américain où, par exemple, on admet qu'une offre doit pour être considérée comme telle contenir une réelle intention de contracter ; rien de différent du droit français. En outre, cependant, le *USUCC* (§2-305, 308, 309) admet qu'une

---

102 Cf. Trib. Com. Paris, 28 novembre 1977, cité par J. Ghestin, *La formation du contrat*, op.cit., n°412, Paris, 30 octobre 1984, *ibid.*; contra: Paris, 22 mars 1985, *ibid.*; Paris, 6 mars 1976, *ibid.*

103 Cf. F. Labarthe, *La notion de document contractuel*, op.cit., n°265 s.

104 Cf. Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 17 juillet 1996, CCC 1997, n°4, obs. L. Leveneur, Defrénois, 1996.1366, obs. Ph. Delebecque, RTD civ. 1997.118, obs. J. Mestre.

105 Cass. com. 17 juin 1997, JCP éd. E, 1997, II, 1022, note F. Labarthe.

offre puisse faire l'objet de compléments si l'auteur de l'offre l'a réellement conçue comme une offre (106), ce dont il résulte notamment qu'une offre peut, à la différence du droit français ne pas contenir un prix déterminé ou déterminable, comme d'ailleurs dans la CVIM.

## **2. - Les conditions générales de contrat**

### **a) Les conditions générales proprement dites**

<sup>53</sup> De nombreux professionnels rédigent des *conditions générales de contrat*, c'est-à-dire un document relatant les informations dans lesquelles ils exposent à quelles conditions ils souhaitent s'engager (107), vendre, le plus souvent, ou inversement, acheter (conditions générales d'achat), louer, prêter, déposer, etc. Elles sont d'ailleurs largement reproduites sur toute sorte de documents, comme les catalogues, les bons de commandes, les factures, etc.

Tous les contrats peuvent être ainsi préparés par de tels documents et notamment les contrats entre absents, c'est-à-dire les contrats à distance, qu'ils soient conclus sous forme numérique ou sous forme physique. Cependant, les conditions générales de vente font l'objet d'une attention particulière en droit de la concurrence, imposant leur communication et certaines mentions obligatoires (C. com., art. L.441-1 s.) (108), mais également en droit de la consommation, ne serait-ce que pour formaliser l'exigence d'information précontractuelle obligatoire de l'article L. 111-1 du Code de la consommation.

Ces conditions générales de vente constituent alors une bonne part de l'offre du professionnel, pour autant qu'elles soient

---

106 F.-X. Testu, *Contrats d'affaires*, op. cit., n+21.04.

107 Cf. M. et J.M. Mousseron et D. Mainguy, *Le droit français nouveau de la transparence tarifaire*, *Act. Dr. ent.*, n°18, Litec, 2ème éd., 1997, n°200 s.; A. Seube, *Les conditions générales des contrats*, Mélanges A. Jauffret, 1974, p.621; I. Moreau-Margrève, *Les conditions générales de vente*, in *Renaissance du phénomène contractuel*, Fac. Dr. Liège, 1971, p.259

108 Cf. D. Mainguy, J.-L. Respaud et M. Depincé, *Droit de la concurrence*, Litec, 2010, n°214 s.

communiquées à leur destinataire ; elles sont même, au regard des règles du droit de la concurrence « *le socle de la négociation* » (C. com., art. L. 441-6).

Une difficulté repose sur le fait de savoir si, au-delà de savoir si des conditions générales, sont *utiles* ou *nécessaires*, ce qui est en général le cas, si leur établissement est *obligatoire*. En droit commun rien ne l'impose, mais les exigences d'une part du droit de la consommation et surtout du droit de la concurrence rendent bien étroites les voies laissées au droit commun. En outre, l'article L. 441-6 du Code de commerce dispose que les conditions générales doivent être communiquées, par tout professionnel, à tout autre professionnel qui en fait la demande, même si la sanction est assez floue par l'article L. 442-6, 9° du Code de commerce : « *Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers (...), de ne pas communiquer ses conditions générales de vente, dans les conditions prévues à l'article L. 441-6, à tout acheteur de produits ou tout demandeur de prestations de services qui en fait la demande pour l'exercice d'une activité professionnelle* ».

Si elles doivent être communiquées, c'est sans doute qu'elles doivent être établies, et donc préétablies, en vue de leur communication à un professionnel, ou à un enquêteur des autorités en charge du contrôle de la concurrence, mais encore comme « *socle de la négociation* » sur la base desquels l'accord prévu à l'article L. 441-7 du Code de commerce peut être obtenu, ce qui permet d'affirmer que cet établissement est obligatoire (109).

<sup>54</sup> Le **contenu obligatoire des conditions générales** lorsqu'elles sont soumises aux dispositions de l'article L 441-6 du Code de commerce est envisagé du seul point de vue des exigences du droit de la concurrence, soit : les conditions de vente proprement dite; le barème des prix unitaires, les

---

109 Cf. Cric. Dutreil, 8 déc. 2005, et D. Mainguy, La circulaire du 8 décembre 2005 relative à la modernisation des relations commerciales, JCP, éd. E, 2006, 1294.

réductions de prix, les conditions de règlement (110). L'énumération ne pose guère de difficulté sauf pour les « réductions de prix » et les « conditions de règlement ».

Les réductions de prix sont les rabais, les remises et les ristournes, les avantages financiers divers, comme des *escomptes pour paiement rapide*, « promis » par les conditions générales *avant* que de faire l'objet d'une négociation, celle-ci devant être alors formalisée dans les conditions de l'article L. 441-7 du Code de commerce dans un « accord », ajoutant d'autres « avantages financiers », comme la rémunération de services particuliers rendus par l'autre contractant.

Les « conditions de paiement » visent toutes les modalités du paiement : date, de règlement, mode de paiement, pénalités de retard, etc. Ces informations, sensibles au point de faire l'objet de sanctions particulières (Cf. C. com. art. L 442-6, I, 1° et 7°), sont en outre parfois minutieusement réglementée, s'agissant du délai de paiement, fixé par l'article L. 441-6, al.4 du Code de commerce : « *sauf dispositions contraires figurant aux conditions de vente ou convenues entre les parties, le délai de règlement des sommes dues est fixé au trentième jour suivant la date de réception des marchandises ou d'exécution de la prestation demandée* » et alors que « *le délai convenu entre les parties pour régler les sommes dues ne peut dépasser quarante-cinq jours fin de mois ou soixante jours à compter de la date d'émission de la facture* », et sauf accord interprofessionnel. Le délai de paiement est donc borné dans sa date maximale, 45 jours fin de mois ou 60 jours à compter de l'émission de la facture, et les parties peuvent, dans cette limite choisir un délai de paiement autre. Avant 2008, ce même délai était fixé au trentième jour suivant la date de réception des marchandises. Les pénalités de retard sont également fixées : sauf disposition contraire, qui ne peut excéder trois fois le taux d'intérêt légal, ces pénalités sont au minimum égales au taux d'intérêt appliqué par la Banque centrale européenne à son opération de refinancement la plus récente majoré de 10 points (111).

---

110 D. Mainguy, J.-L. Respaud, et M. Depincé, Droit de la concurrence, Litec, 2010, n°169s.

111 Cf. Cass. com. 3 mars 2009, JCP, éd. E, 2009, 1543, note D. Mainguy.



En revanche, la construction des conditions générales obéit aux règles ordinaires du droit des contrats : les conditions générales sont censées circonvenir l'ensemble du contrat dès lors que, comme manifestation de volonté et en général comme offre, elle rencontre acceptation et forment le contrat.

### **b) Conditions générales et conditions particulières**

55 D'autres formes de conditions générales sont des contrats qui se découpent en deux catégories, des conditions générales contractuelles et des conditions particulières. C'est particulièrement le cas pour des contrats conclus sur la base d'un modèle, des contrats « en série », qui sont ensuite adaptés au cas par cas.

C'est la situations, principale, des contrats d'assurance par exemple, mais encore de contrats en réseau comme les contrats de distribution. Le promoteur du réseau établit un contrat, qui consitue généralement les conditions générales, qu'il adapte ensuite à la situation concrète, s'agissant par exemple du territoire, de la durée ou encore du prix du contrat. Longtemps sujette à controverse au regard de la sanction des discriminations contractuelles, cette solution semble désormais, depuis l'abandon de cette sanction particulière dans l'article L. 442-6, I du Code de commerce depuis 2008 et sauf discrimination qui serait constitutive d'une entente anticoncurrentielle ou d'un abus de position dominante, parfaitement possible.

### **c) Conditions générales types**

56 De même, des conditions générales sont établies par des organisations professionnelles au profit de leurs membres et qui s'imposent à eux (112). L'esprit est ici très différent de celui qui anime les conditions générales de vente établies par un

---

112 Cf. P. Malinverni, *Les conditions générales de vente et les contrats-types des chambres syndicales*, LGDJ, 1978; A. Seube, *Les conditions générales des contrats*, art. cit.; A. Tunc, *Ebauche du droit des contrats professionnels*, Mélanges G. Ripert, t.2, 1950, p.151.

professionnel à l'égard de ses clients ou fournisseurs : il s'agit moins d'actes unilatéraux que d'actes réglementaires de droit privé (113) de nature à organiser, à l'égard des tiers surtout, une forme de présentation générale de l'offre contractuelle des membres de l'organisation.

La nature de ces conditions générales de vente est alors difficile à déterminer. Elles présentent une nature supplétive pour les membres de la profession. Ceux-ci peuvent en effet les écarter ou y référer par une clause à cet effet et modifier tel ou tel élément. Il conviendra cependant que le destinataire de ces conditions générales les connaissent ou soient en mesure de les connaître de façon à ce qu'elles lui soient opposables. Ce destinataire n'est en effet généralement pas de la même profession que son cocontractant et les conditions générales types n'ont, pour lui, d'autre valeur que contractuelle.

Par conséquent, les conditions générales seraient, pour certains auteurs, obligatoires pour les membres de l'organisation professionnelle, à moins de les écarter, en tant qu'usages professionnels (114). L'enjeu est important : si ces conditions générales sont considérées comme des usages professionnels, leur contenu sera opposable au professionnel même sans mention particulière de celles-ci dans un document quelconque. A l'inverse, elles devront, pour s'appliquer au destinataire, être indiquées dans un document quelconque qui lui soit adressé afin de lui être opposable et, surtout de constituer le contenu du contrat à conclure. En pratique, il conviendra de référer dans un document, l'existence des conditions générales professionnelles pour permettre leur connaissance à ses destinataires.

---

113 Cf. Ph. Neau-Leduc, *La réglementation de droit privé*, Bibl. dr. ent. n°38, Litec, 1998.

114 P. Malinverni, *Les conditions générales de vente et les contrats-types des chambres syndicales*, op.cit., n°3 s. et comp. Paris, 30 juin 1964, JCP 1965, II, 14058; Cass. com. 9 février 1965, Bull. civ. III, n°103; Cass. com. 12 octobre 1983, Bull. civ. IV, n°265; Cass. com. 17 juillet 1990, JCP 1991, éd. E., II, 146, obs. T. Hassler ; Cass. com. 28 novembre 1995, JCP 1996, éd. E., II, 814, note Ch. Gavalda, sur une question voisine: « en l'absence de convention contraire, (le client) est censé avoir adhéré au règlement de la Chambre de compensation en émettant une lettre de change-relevé ».

#### d) Conditions générales par référence

<sup>57</sup> Le dernier type de conditions générales pose le problème, plus général, et valable par exemple pour les ventes de consommation en libre service, de l'hypothèse dans laquelle une offre, un document précontractuel, vise des conditions générales auxquelles le contrat est censé, par référence, renvoyer.

Or, en principe, les conditions générales constituent l'ensemble des informations *accessoires* aux éléments *essentiels* qui établissent un consentement, de sorte qu'il convient que ces informations aient bien été dans le champ du consentement, ce qui suppose qu'elles aient été communiquées avant ou concomitamment à l'expression de ce consentement. Dès lors, on pourrait considérer qu'on ne peut acquiescer qu'à ce qu'on a été en mesure de connaître et donc que la référence à des conditions générales de vente type, ou affichées, auxquelles il est fait renvoi est inefficace : elles ne sont point consenties. Pourtant la jurisprudence admet l'efficacité de ce renvoi estimant que l'existence de la clause de renvoi dans un document établi par écrit, mieux signé permet de considérer que le contractant en a eu connaissance (115). C'est une position qui se conçoit dans des relations professionnelles, par renvoi par des conditions générales établi par un syndicat ou une fédération auxquelles appartiennent les deux parties, ou qu'elles ne peuvent ignorer, ou encore à propos d'une clause d'arbitrage par référence. On peut être plus dubitatif dans d'autres circonstances, et notamment pour des conditions générales opposées à un contractant « nouveau » ou profane, par exemple un consommateur ou le contractant qui conclut un contrat de distribution et intègre un réseau et plus généralement dans les relations entre fournisseur et distributeur. Outre le cas où la clause de renvoi pourrait être considérée comme une situation d'habitude, ou d'usage, selon l'idée que l'existence de relations commerciales antérieures a permis, au moins une fois, la connaissance de ces conditions générales et donc que cette succession crée une présomption de

---

115 Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 16 févr. 1999, n° 96-19469, Bull. civ. I, n° 51

connaissance (116), la Cour de cassation semble hésitante et rejette parfois cette connaissance (117).

Aucune automaticité donc, ni pour rejeter les conditions générales par référence, ni pour les admettre.

### 3. – Le devis et la facture pro forma

#### a. – Le devis

<sup>58</sup> Un devis peut être défini comme « *un état généralement détaillé d'ouvrages ou de travaux à exécuter, avec indication des prix, soit par nature de travail ou corps d'état, soit à forfait* » (118). Il n'est donc pas nécessairement précis, notamment lorsque le devis porte sur un contrat d'entreprise constitué sous forme de marché en régie ou sur séries. Ce document permet alors de décrire les travaux à effectuer et d'estimer leur coût. Le devis comporte généralement des indications plus importantes : outre les indications sur le prix, la nature, l'étendue de la prestation à réaliser, il comporte souvent beaucoup plus d'informations telles que celles contenues dans les conditions générales de l'entrepreneur, précisant alors toutes les conditions de la conclusion du contrat, ne serait-ce que parce que, en pratique, les émetteurs de devis les établissent sur un document qui comporte, au verso, ces conditions générales.

Certains contrats comme le contrat d'entreprise, sont plus fréquemment que d'autres précédés d'un devis, c'est à dire d'une étude descriptive des travaux à exécuter et de l'estimation du prix (119) auquel ils seront réalisés. En principe, le devis n'est soumis à aucune règle particulière ; il relève de la théorie générale des avant-contrats aussi bien pour sa forme que pour ses effets.

Le devis est en principe facultatif (120) et devient parfois

---

116 Cf. Cass. com. 5 mars 1991, n° 89-17360, Bull. civ. IV, n°96, Cass. com. 14 déc. 1993, n° 92-11313.

117 Cf. Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 30 juin 1992, n° 90-21491, Bull. civ. I, n°203, Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 18 oct. 2005, n° 03-18467, Bull. civ. I, n°377.

118 G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Ass. H. Capitant, P.U.F 1987.

119 A la différence de la facture pro forma, l'évaluation du prix est donc approximative.

120 Cf. Civ., 23 octobre 1945, D.46.19

obligatoire ou encadré pour certaines professions, notamment libérales. S'agissant des avocats l'article 10 de la loi du 10 juillet 1991 dispose qu'à défaut de convention entre l'avocat et son client, l'honoraire est fixé, selon les usages, en fonction de la situation de fortune du client, de la difficulté de l'affaire, des frais exposés par l'avocat, de sa notoriété et des diligences de celui-ci.

59 La **nature juridique du devis** n'est pas aisée à décrire en raison de la très grande diversité des situations rencontrées en pratique. L'intérêt de mesurer cette nature juridique tient essentiellement à l'observation de la situation suivante : l'émetteur du devis peut-il, après son édition, modifier les termes du devis ou même y renoncer ? Les termes du devis lient-ils les parties ? En d'autres termes, le devis peut-il être assimilé à une offre ? Il conviendrait qu'il emprunte les caractères de l'offre, précision et fermeté. Or, la réponse diffère selon les types de rédaction de devis rencontrés.

Le devis peut d'abord n'être qu'une *simple invitation à poursuivre les pourparlers*, entamés par la demande de devis. En présence d'un devis estimatif, les éléments de précision et de fermeté fait défaut pour assimiler devis et offre (121).

Le devis peut correspondre à une forme d'explicitation et de formalisation de l'offre d'un professionnel, surtout lorsque le devis répond aux conditions de l'offre à travers la précision et la fermeté de son contenu, à moins cependant qu'une clause ne cherche à en limiter la portée, par une clause « *devis non contractuel* ».

Souvent cependant, le devis s'inscrit plus profondément dans les relations professionnelles, tant en raison de la volonté des parties que de l'influence des usages professionnels (122). Le

---

121F.Labarthe, *La notion de document contractuel*, LGDJ 1994, n°309.

122 Ph.Malaurie et L.Aynès, par P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, Cujas, 1999, n°703 : « *Ou bien il s'agit d'un projet qui est un élément des pourparlers, et non une promesse de contrat ; l'entrepreneur n'est donc pas lié, sauf par les règles de la bonne foi. Ou bien à l'inverse, il y a un engagement réciproque qui n'est pas pour autant une promesse synallagmatique de contrat, parce que les obligations ne sont pas symétriques: un honoraire est dû à l'entrepreneur même si le contrat n'est pas conclu* ». La première hypothèse correspond à la première que nous visons. V. aussi R. Bout, M.

devis peut en effet, selon sa rédaction, engager plus particulièrement son rédacteur, comme une *promesse unilatérale de contracter* et notamment lorsqu'il prend la forme d'une formule du type : « *je m'engage (sous-entendu « avec vous qui l'acceptez») à faire ceci et à tel prix si vous me le demandez* ». Le « devis-contrat de promesse unilatérale » est alors conclu pour une durée indéterminée en sorte que l'émetteur du devis pourra la dénoncer à tout moment comme si c'était une offre.

Parfois enfin, le devis prend la forme d'un « *contrat de devis* », convention par laquelle les parties s'accordent pour que l'un, l'entrepreneur, dresse un devis au profit de l'autre, candidat maître d'ouvrage. Simplement rédigé ainsi, le contrat, unilatéral, n'apporte à la formule précédente que par le fait qu'il comporte une obligation d'établir le devis. On peut alors se demander si un tel contrat n'emporte pas, en outre, une obligation de négocier, une obligation de poursuivre les négociations et sans doute une obligation de conseil.

Un tel contrat permet surtout de le rendre synallagmatique par l'obligation mise à la charge du destinataire du devis de payer un prix pour le devis. Au delà de ces simples obligations, le contrat deviendrait un contrat d'étude comme dans les relations avec un architecte, ou une formule organisée d'appel d'offres, obligatoire dans le cas de certains marchés publics mais qui, bien que facultative dans les relations privées, est parfois retenue dans la mesure où elle permet de confronter plusieurs offres, mieux sans doute qu'avec un simple devis.

<sup>60</sup> Le contenu du devis rassemble au minimum les informations nécessaires à la conclusion du contrat : l'étendue des travaux, les achats nécessaires, les frais, le prix, forfaitaire ou en fonction d'une base, définitif ou prévisible, etc., mais encore la durée d'efficacité du devis. De même, le devis peut être onéreux ou gratuit : par principe, faute d'accord ou d'usage

---

Bruschi et C. Priéto, *Droit économique*, Lamy, n°4752 : « *Le plus souvent, le devis s'assimile à une promesse unilatérale de contrat qui ne lie que l'entrepreneur, le maître d'ouvrage ou client n'étant pas tenu de conclure le contrat définitif, ni de verser des honoraires pour le devis qui est gratuit* ».

particulier, le devis est gratuit, surtout lorsque c'est l'entrepreneur qui prend l'initiative de l'établir (123). Il peut en être autrement si le devis résultait d'un véritable travail, méritant rémunération (124).

### **b. – La facture pro-forma**

<sup>61</sup> La facture pro-forma est un document plus précis que le devis. C'est une facture, mieux, un brouillon de la facture comportant la plupart des indications figurant sur une facture qui pourrait être adressée à l'acheteur si le contrat était effectivement conclu. Cet instrument est en effet souvent utilisé par l'acquéreur qui envisage de conclure un contrat de crédit pour financer son acquisition, ou un contrat de crédit-bail, pour obtenir une autorisation administrative préalable à l'acquisition ou la vente d'une marchandise, par exemple à l'exportation, pour l'accomplissement de formalités fiscales, douanières (125).

C'est donc un document unilatéral émanant d'un vendeur et qui ne permet pas à lui seul d'établir qu'un contrat est formé (126). C'est donc la manifestation écrite de l'offre, voire « l'attestation par le vendeur des conditions d'une vente acceptée par lui » (127). Présentant toutes les caractéristiques d'une offre, elle doit donc être maintenue dans le délai éventuellement prévu, surtout, comme c'est le cas en pratique, où elle est destinée à un tiers.

## **4. – Les bons de commande et les confirmations de commande**

123 Cf. Com. 30 novembre 1971, *D.*1972.209 ; B. Gross, *Pourparlers*, *J. Class. Contr. distr.*, 1990, n°90.

124 F. Collard-Dutilleul et Ph. Delebecque, *Contrats spéciaux*, op. cit., n°718. V. pour un architecte: Civ. 3ème, 29 avril 1985, *RD imm.* 1985.374 ; Cass. com. 25 juin 1973, *Bull. civ.* IV, n°217 ; Cass. civ. 7 février 1966, *Bull. civ.* I, n°89, pour un bureau d'études : Cass ; civ. 3ème, 6 mars 1973, *Bull. civ.* III, n°163.

125 D. Thomas, La facture pro-forma, *RTD com.*1977.671 ; F. Labarthe, La notion de document contractuel, *LGDJ*, 1994, n°315 s.

126 Cf. Com. 3 mai 1984, *Bull. civ.* IV, n°149.

127 Com. 24 février 1970, *Bull. crim.* n°74, v. aussi, Paris 20 novembre 1962, *RTD com.* 1963.877, obs. J. Hémar.

62 Le *bon de commande* est un document émanant généralement du créancier de la prestation caractéristique, l'acheteur, le maître d'ouvrage, par lequel il fait savoir à son destinataire qu'il entend conclure un contrat, commander une chose. La question se pose alors de la nature juridique du bon de commande: offre ou acceptation? Dans la mesure où un bon de commande suit généralement la communication d'un catalogue ou des conditions générales de vente adressés vendeur à l'acheteur, le bon de commande sera la réponse à ces documents, ces offres, en sorte qu'il s'agira d'une acceptation de l'offre du cocontractant. Encore convient-il de vérifier préalablement que les documents du vendeur constituaient bien une offre et que le bon de commande et l'offre sont concordants.

Par ailleurs, on considère souvent en droit français que certains commerçant sont en état d'offre permanente (128) en ce sens qu'ils diffusent en permanence une offre, ferme et précise, non équivoque, faite à personne indéterminée : dans ces conditions, toute commande émanant d'un candidat acheteur réalisera l'acceptation qu'appelle cette offre.

Pour cette raison et pour pallier ce risque de conclusion du contrat qui se réalise presque à l'insu du pollicitant, des clauses peuvent inverser le sens de l'offre et de l'acceptation et imposer une confirmation du contrat (129) c'est-à-dire que le destinataire du bon de commande, le vendeur, l'entrepreneur, se réserve la possibilité de ne pas confirmer et, donc, de ne pas accepter, par le jeu d'une **confirmation de commande**. Plus exactement, les conditions générales du vendeur indiquent une formule du type de la suivante : « *La commande ne deviendra définitive qu'après réception par l'acheteur d'une confirmation de commande écrite* », de manière à assurer au vendeur la maîtrise du moment et du lieu de formation de la vente.

Un temps, la Cour de cassation niait la possibilité de mettre en

---

128 Cf. notamment, au travers d'une littérature juridique particulièrement riche : J.-L. Aubert, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, LGDJ, 1970, n°13s.

129 Cf. B. Gross, *La formation des ventes commerciales sujettes à confirmation*, Etude R. Roblot, 1984, p.433.



place un tel mécanisme renversant l'ordre traditionnel de l'offre et de l'acceptation. Elle considérait alors qu'une telle clause constituait une condition potestative (130) qui sanctionnée emportait l'annulation du contrat tout entier, solution peu opportune.

Pourtant l'ordre de l'offre et de l'acceptation n'est soumis à aucune règle impérative *a priori* et la chambre commerciale a ensuite admis cette formule : « *par son adhésion à la proposition contenue dans le bon de commande, l'acheteur n'avait formulé qu'une offre d'achat, révocable comme telle jusqu'à ce que la vente devienne parfaite par l'acceptation du vendeur* » (131).

En droit anglo-américain, la situation de départ est exactement l'inverse de la situation française : c'est l'acheteur qui en principe réalise une offre que le vendeur peut accepter : la clause admise par la Cour de cassation permet ainsi, dans les contrats d'affaires au moins, de choisir entre les deux formules.

## 5. – Les factures

**63** Les factures accompagnent tous les contrats professionnels, comme pièces comptables constatant le contrat (132). Elles sont même imposées par les règles du droit comptable ou du droit fiscal, notamment lorsque l'opération est soumise à TVA. Par ailleurs, le droit de la concurrence impose la présence d'une facture comportant des informations particulières, concernant le prix, les réductions de prix et le moment du paiement (C. com., art.L. 441-3).

La facture est surtout le constat de la créance née de la formation du contrat. Intervenant soit au moment de la conclusion du contrat mais, substantiellement, comme document contractuel accompagnant l'exécution du contrat, la facture ne participe pas *a priori* à la négociation du contrat.

Une première hypothèse, évidente, est à exclure, celle où le vendeur adresse à l'acheteur ne facture et prétend ensuite que le contrat est conclu. Ce raisonnement est voué à l'échec. La réception de la facture par son destinataire, même sans réserve de la part de celui-ci, ne permet pas d'en déduire que le

---

130 Cass. com. 9 décembre 1980, Bull. civ. IV, n°421, D. 1981.IR.441, obs. B. Audit.

131 Cass. com. 6 mars 1990, JCP 1990, II, 21583, éd. E., II, 15803, note B. Gross, Defrénois, 1991, p. 356, obs. J.-L. Aubert; RTD civ. 1990.463, obs. J. Mestre.

132 Cf. R. Savatier, *La facture et la polyvalence de ses rôles juridiques en droit contemporain*, RTD com.1973.1

contrat est conclu : le silence ne vaut pas, en principe, acceptation (133).

Une seconde hypothèse, plus commune, envisage la situation où le contrat est établi sans document précontractuel clair et où l'acheteur exécute tout ou partie du contrat que la facture entend établir. La chambre commerciale a admis que la réception sans réserve d'une facture et, surtout, son paiement, c'est-à-dire l'exécution du contrat, permettent de déduire l'accord préalable au contrat par le destinataire de la facture, du moins sur ses éléments essentiels, prix et chose, à défaut d'accord sur le reste des clauses du contrat figurant par exemple dans les conditions générales de vente (134) et il en serait sans doute de même de la réception des marchandises par l'acheteur, dans la mesure où le paiement est l'obligation principale de l'acheteur. Par conséquent, en exécutant le contrat, on peut en déduire que l'acheteur a en accepté la conclusion.

Trois difficultés s'ajoutent alors. La première porte sur le contenu du contrat. L'exécution par l'acheteur permet d'admettre qu'il a accepté l'offre du vendeur. Or celle-ci est généralement constituée de documents précisant la consistance de cette offre, conditions générales notamment. Dire que l'acheteur a accepté l'offre par son comportement permet simplement alors de considérer que cette acceptation porte sur les éléments essentiels du contrat, prix et chose, mais point le reste de l'offre, sauf à démontrer que l'acheteur avait connaissance des conditions générales de vente et n'avait pas opposé ses propres conditions et notamment le contenu de ses propres conditions générales d'achat.

La deuxième concerne le moment de la formation du contrat. Celui-ci est reporté au moment de l'exécution par l'acheteur de ses obligations, le moment du paiement ou celui de la réception des marchandises selon le cas. Dans cette hypothèse, le contenu des informations portées sur les documents accompagnant cette exécution peut ajouter au contenu du contrat. On songe, ainsi, au contenu de la facture ou d'un bon de livraison, au dos desquels figurent généralement les conditions générales du vendeur, documents remis généralement au moment de la livraison.

La troisième repose sur la question de savoir si une facture peut modifier le contenu du contrat conclu. Contrairement à ce que la doctrine affirmait classiquement sur le fondement d'un usage commercial particulier (135), lorsque le moment de la formation du contrat est déterminé avec plus ou moins de précision, en tout cas avant l'envoi de la facture, le contenu de cette facture ne saurait modifier unilatéralement le contenu du contrat. C'est ainsi que la mention d'une clause de réserve de propriété sur la facture est sans effet sur le contrat si elle ne figurait pas sur un document avant le moment de l'échange des consentements (136).

---

133 Cf. J. Ghestin, *La formation du contrat*, op.cit., n°426 et Cass. civ. 3ème, 9 mars 1988, *Bull. civ. IV*, n°53; *RTD civ.* 1988.520 obs. J. Mestre.

134 Cf. Cass. com. 26 mai 1987, *JCP* 1987, IV, 266.

135 Cf. F. Labarthe, *La notion de document contractuel*, op.cit., n°432 s. sur les controverses du début du siècle.

136 Cf. Cass. com. 17 décembre 1957, *Bull. civ. III*, n°350; Cass. com. 16 octobre 1967, *D.* 1968.193, note. Plaisant.

## **B. – La concurrence des documents**

64 Les difficultés tenant à la relation des différents documents contractuels qui accompagnent la négociation et la vie des contrats sont fréquentes, d'autant plus que le contrat est établi à distance, la première difficulté étant d'ailleurs le risque d'incohérence entre tous ces documents (137).

65 L'une des solutions possibles résulte, à titre de précaution et pour autant que le contrat trouve sa formalisation dans un contrat principal, en l'exclusion de ces documents préalables par la clause dite « *clause des quatre coins* » (138) par laquelle les parties s'accordent pour que seul le contenu du contrat principal constitue l'engagement des parties, à l'exclusion de tout autre document. Cette clause est très voisine de celle que l'on trouve dans certains documents, publicitaires surtout, assurant la valeur non contractuelle de telle mention ou du document lui-même, de portée discutée (139). Cependant, la clause des quatre coins réfute la valeur contractuelle d'un document qui, sans cette clause, pourrait présenter une telle valeur, après que ces documents soient exprimés, dans le contrat principal et devrait, pour cette raison, présenter les effets voulus, comme constituant une sorte de résiliation bilatérale des engagements nés avant la conclusion du contrat principal.

L'une des principales difficultés nées à l'occasion de ces questions de concurrence entre documents tient au fait que le moment de la formation du contrat n'est pas aisé à déterminer. Elles tiennent aussi au fait que les difficultés sur le contenu du contrat et donc sur la résolution de la concurrence des documents se présentent longtemps après que le contrat a été conclu et exécuté, au moins partiellement. Le litige éventuel

---

137 Cf. F. Labarthe, *La notion de document contractuel*, op.cit., n°188 s.

138 Cf. E. Rawach, *La portée des clauses tendant à exclure le rôle des documents précontractuels dans l'interprétation du contrat*, D. 2001.Chr. 223 ; J.-M. Mousseron, *Technique contractuelle*, par J.-M. Mousseron, M.-L. Izorche, P. Mousseron et J. Raynard, op.cit., n°1488.

139 Cf. supra, n°345 s..

portera donc moins sur les conditions de la formation du contrat que de la détermination du contenu exact du contrat pour vérifier les conditions de son exécution. Ces difficultés se ramènent à deux types de problèmes, selon qu'il s'agit de concurrence entre deux documents dont l'un participe à la formation du contrat et l'autre étant antérieur ou postérieur.

### **1. – Concurrence entre un document formant le contrat et un autre document quelconque**

<sup>66</sup> Cette première difficulté est la plus aisée à résoudre. Elle tient à la concurrence de deux documents présentés à des moments différents de la vie du contrat. Par exemple, une différence peut naître entre le contenu d'une offre, constatée dans un courrier, un devis ou des conditions générales et le contrat négocié, s'il est écrit, ou un bon de commande signé par les deux parties ou encore avec un document postérieur comme une facture, un courrier de réclamation.

<sup>67</sup> Une telle concurrence peut s'observer entre le ou les documents formant le contrat et un document antérieur, un courrier par exemple, ou un document publicitaire. Le moment de l'échange des volontés peut alors être, ou non, rapporté à un document particulier par exemple les conditions générales de vente du vendeur.

*Lorsque le moment de l'échange des volontés peut être rapporté à un document particulier, par exemple parce que l'acheteur a établi un bon de commande, la lecture de ce document permet de résoudre de nombreuses difficultés. C'est ainsi que, au dos des bons de commande, sont généralement reproduites les conditions générales de vente du vendeur ou les conditions générales d'achat de l'acheteur. Dès lors, ce document – bon de commande et conditions générales – fixe, de façon plus ou moins étendue en fonction de la qualité et de l'importance des*

informations qu'il contient, le contenu du contrat (140). Si les deux documents sont différents, si un document antérieur contredit l'un des éléments du document postérieur, qu'il s'agisse d'un élément essentiel ou accessoire. Si la difficulté est présentée au moment de la formation du contrat (c'est le cas de la différence entre le prix affiché et le prix demandé, dans un magasin), le document antérieur sur lequel le consentement porte, semble prévaloir, pour autant qu'il puisse véritablement être considéré comme support d'un consentement, qu'il s'agisse d'une offre.

*Lorsque, en revanche, le moment de l'échange des volontés ne peut être rapporté à un document particulier ou qu'il se rapporte à un document se résumant à rappeler le prix et la chose, les difficultés sont plus grandes.*

Les clauses figurant dans un document antérieur qui entrerait en concurrence avec un document principal prennent alors toute leur importance surtout si la qualité d'offre peut être reconnue à ce document antérieur. Si ce document a été porté à la connaissance de l'acheteur, son contenu est alors *essentiel*. Dans ce cas, en effet, on part de l'axiome selon lequel le contrat a été conclu. Or, la formation du contrat est la rencontre de l'offre et de l'acceptation. L'offre est un bloc, accepté en bloc, en sorte que toutes les informations figurant dans le document antérieur, et qui constituent l'essentiel de l'offre, sont acceptées et font la loi des parties. L'intérêt de cette hypothèse se renforce si l'on observe qu'elle permet d'opposer à un contractant le contenu de ses conditions générales, remises avant l'échange des consentements, dès lors que le consentement s'est formé à partir d'un document ne les reproduisant pas.

*Lorsque, enfin, la concurrence s'effectue entre un document précontractuel et un document postérieur, la difficulté est plus aisée à résoudre. Le document postérieur, une facture par exemple, ne saurait modifier unilatéralement le contenu du contrat (141) mais un tel*

---

140 Cf. Civ.1<sup>ère</sup> 3 décembre 1981, Bull.civ.I, n°342 à propos de la signature sur un bon de commande référant aux conditions générales; 16 février 1999, Bull.civ.I, n°51 pour une clause attributive de juridiction.

141 Cf. Cass. com. 30 janvier 1990, Bull. civ. IV, n°26.

consentement pourra s'observer par l'échange postérieur de deux documents convergents pour contredire le contenu du contrat principal (142).

## 2. – Concurrence entre deux documents participant à la formation du contrat

<sup>68</sup> Le problème type est alors celui de la concurrence entre les conditions générales de vente et les conditions générales d'achat (143).

Une première solution consiste à instaurer une hiérarchie entre ces documents de manière à évincer les documents de son partenaire en insérant, dans ses conditions générales, une clause du type : « *Nos conditions générales de vente ne sont pas susceptibles de modification par des stipulations figurant dans tous documents émanant de nos partenaires; ces stipulations étant réputées révoquées par la conclusion du contrat* ». Acceptée, cette stipulation devrait assurer la prééminence des conditions générales contenant cette clause, contre les conditions générales ne la contenant pas, comme si elle aboutissait à ériger en élément essentiel du consentement tout le contenu des conditions générales. Pourtant, la jurisprudence ne semble guère admettre ce raisonnement (144), comme si la conclusion du contrat malgré cette clause et malgré une clause concurrente émanant du partenaire revenait à évincer la clause hiérarchisante, d'autant moins d'ailleurs que les conditions générales opposées contiennent une clause identique inverse. Les deux clauses se contredisent et s'anahilent réciproquement.

---

142 Cf. T. com. Metz, 23 février 1983, Les petites affiches, 13 juillet 1983, n°83, p.25; F. Labarthe, *La notion de document contractuel*, op.cit., n°39. V. aussi Com. 20 novembre 1984, Bull.civ.IV, n°313.

143 Comp. M. et JM Mousseron et D. Mainguy, *Le droit français nouveau de la transparence tarifaire*, op. cit., n°122 s., sur l'incidence des règles contenues dans l'ordonnance du 1er décembre 1986. V. aussi, Com. 20 nov. 1984, *Bull. civ. IV*, n°313.

144 Cf. Cass. com. 10 décembre 1991, Bull. civ. IV, n°280; Paris, 25 septembre 1986, *Rev. jur. Com.* 1989.215, note Ch.-H. Gallet; T. com. Paris, 3 mars 1986.1133, note P. de Fontbressin Adde A. Tummers, *Comment résoudre le conflit entre les conditions générales du vendeur et celles de l'acheteur*, Ann. Fac. Dr. Liège, 1972, p.585.

<sup>69</sup> Tout se ramène, alors, à la concurrence entre le contenu des documents concurrents et antagonistes. Le raisonnement conduisant à découvrir le contenu du contrat, par la concurrence des documents peut alors être ainsi disséqué.

En premier lieu, les documents peuvent se compléter par des clauses identiques, similaires ou compatibles : elles font évidemment partie du contrat.

En second lieu, un document peut contenir une clause particulière, tenant aux conditions de garantie par exemple, et ne rencontrer aucune opposition dans le document concurrent. Dans cette hypothèse, le premier document peut être considéré comme l'offre d'insertion de cette stipulation dans le contrat, acceptée par son partenaire si l'on admet que l'acceptation forme un bloc : seul le refus exprès de cette clause l'aurait évincé.

Plus difficile est, alors, la variante selon laquelle des clauses *susceptibles d'être compatibles* se concurrence, par exemple, une clause dans les conditions générales de vente précise une garantie conventionnelle limitée à une durée de deux ans et que les conditions générales d'achat évoquent, dans les mêmes conditions, une garantie de cinq ans, conduisant soit à les écarter soit à retenir le plus petit dénominateur commun, deux ans

En troisième lieu, une clause particulière peut rencontrer une clause exactement contraire, ce qui se produit souvent pour les clauses de réserve de propriété, de compétence d'attribution ou compromissoire, de garantie et de non garantie, de paiement, etc. Dans cette hypothèse, on écrit souvent que les clauses contradictoires « *s'annulent* » (145). Plus exactement, elles ne font pas partie du contrat car elles n'ont pas recueilli le consentement des contractants, en sorte que faute d'accord, les solutions supplétives du Code civil s'appliquent comme la jurisprudence l'a retenu par exemple pour des conflits de clauses de réserve de propriété et de « *non réserve* » de propriété (146).

---

145 Cf. F. Labarthe, *La notion de document contractuel*, op.cit., n°37; Cass. com. 7 novembre 1956, Gaz. Pal. 1957.1.227.

146 Cf. Cass. com. 11 juillet 1995, JCP 1996, éd. G., 1996, I, 3896, obs. Ph. Pétel ; éd. E., II, 22583, note D. Mainguy ; éd.E, II, 3896, note J. Vaillansan, D. 1996. Somm. 212 , obs. F. Pérochon. P. Crocq, obs. in. RTD civ. 1996.675 ; D. Mainguy, obs. in JCP éd. E, 1997, I, 631, n°6 ; D. Voinot, Le

70 On observera cependant que le choix ainsi opéré n'est pas neutre : il est globalement admis en Europe continentale, à travers que le droit allemand désigne comme la théorie de la validité réduite (*Restgültigkeitstheorie*). Sans doute l'éviction des deux clauses incompatibles respecte le jeu de l'échange des volontés et se fonde sur l'hypothèse de règles supplétives existantes, avec cette réserve que, précisément, ces règles supplétives ne satisfaisaient ni l'un, ni l'autre.

En revanche, les systèmes de droit anglo-américain suivent des règles différentes. Dans le système de la *Common Law*, dit de « *Battle of the Forms* », le principe est celui que tout document postérieur qui n'est pas une acceptation pure et simple est une contre-proposition et donc une nouvelle offre, quand bien même la différence serait infime, annihilant la portée du document précédent, etc. Il s'agit d'une règle appelée « *Mirror Image Rule* » selon laquelle le contrat n'existe qu'à partir du moment où il y a une coïncidence parfaite entre les deux volontés appelées à se rencontrer. Dès lors en cas de *Battle of the Forms*, et notamment lorsque le litige intervient après que le contrat a été conclu et exécuté, on identifie la formation du contrat comme étant, au moins, le premier commencement d'exécution, comme en droit français, mais, plutôt que d'éplucher les documents précédents, le document qui établit la dernière contre-proposition, et donc la dernière offre, est celui sur la base duquel le contrat est établi, selon le système parfois dit du « *Last shot Rule* ».

Par comparaison, où le système français par exemple favorise le droit supplétif et donc l'acheteur (le droit supplétif étant supposé favorable à l'acheteur), le système anglais favorise en pratique le vendeur, même si le système favorise en réalité le développement d'un formalisme où chacun cherche à adresser le dernier document.

En droit américain, le système s'écarte de la règle classique anglaise en ce sens que si l'offre est exprimée comme le dernier

---

refus par l'acheteur de la clause de réserve de propriété en droit des procédures collectives, D. 1997. Chr. p. 312.



document adressé avant la formation (l'exécution en pratique), il n'en résulte pas qu'elle soit modifiée par un document nouveau qui ne modifie pas un point essentiel. A mi-chemin alors entre la règle anglaise et le droit français, le droit américain propose une solution dans l'article 2-207, 1) du UCC (*Additional Terms in Acceptance or Confirmation*) « *A definite and seasonable expression of acceptance or a written confirmation which is sent within a reasonable time operates as an acceptance even though it states terms additional to or different from those offered or agreed upon, unless acceptance is expressly made conditional on assent to the additional or different terms* ».

## II. – Les documents à portée contractuelle discutée

### A. – Les lettres d'intention

<sup>71</sup> Les lettres d'intention (147) recouvrent deux formules contractuelles très différentes. Communément, les lettres d'intention ou lettres de confort ou encore lettres de parrainage (148), se retrouvent indépendamment de toute négociation contractuelle, comme engagement fourni par une société mère pour soutenir sa filiale. Dans l'esprit de son rédacteur, il s'agit d'une simple « *intention* » (149) et non d'un engagement. Or, la frontière entre les deux étant souvent difficile à tracer, la jurisprudence découvre parfois derrière cette « *intention* », un simple engagement moral (150) une véritable obligation de faire, engageant son auteur, une obligation de moyens, le plus souvent (151) mais parfois de résultat (152) ou de cautionnement (153). Ce

---

147 Pour une étude générale : X. Barré, La lettre d'intention, *Economica*, 1995.

148 R. Baillod, Les lettres d'intention, *RTD com.* 1992.547 ; S. Piedlièvre, L'efficacité des lettres de confort, *Dr. & pat.* 1996/1, p. 56 ; B. Saint-Alary, La lettre d'intention, *Dr. & pat.* 1995/7-8, p. 30 ; A. Laude, La reconnaissance par juge de l'existence d'un contrat, *PUAM*, 1992, n°694 s.

149 Cf. CA Paris, 30 avril 1985, *RTD civ.* 1985. 730, obs. J. Mestre.

150 Paris, 4 mai 1993, *Bull. Joly Sociétés* 1993, p. 729, note Ph. Delebecque, *Rev. Soc.* 1993, p. 662, obs. Y. Guyon.

151 V. Par exemple, Cass. com. 4 oct. 1994, n° 92-15330, *Bull. civ.* IV, n°276, *JCP éd. E*, 1995, II, 708, note J.-L. Médus, *Deffrénois* 1995. 255, note

type d'engagement est une alternative des contrats de cautionnement et des sûretés conventionnelles en général (154).

72 La « lettre d'intention » au sens des négociations (155) se retrouve à l'occasion de la négociation d'un contrat, généralement un contrat important dont la gestation nécessite une longue période et souvent dans le domaine des relations internationales (156).

---

P. Le Cannu, Cass. com. 18 avril 2000, Contr. Conc. Consom. 2000, n°123, obs. L. Leveneur.

152Cass. com., 24 oct. 2000, n° 97-21796, RJDA 2001, n° 164, JCP E 2001, n° 25, p. 1042, obs. Ph. Simler ; Cass. com., 9 juill. 2002, n° 96-19953, Bull. civ. IV, n° 117, Dr. & patr. 2002, n° 110, p. 91, obs. Poracchia D., D. 2002, p. 2327, obs. A. Lienhard

153 V. Par exemple, Cass. com. 21 déc. 1987, D. 1989. 112, note J.-P. Brill : « malgré son caractère unilatéral, une lettre d'intention peut, selon ses termes, lorsqu'elle a été acceptée par son destinataire et eu égard à la commune intention des parties, constituer à la charge de celui qui l'a souscrite un engagement contractuel de faire ou de ne pas faire pouvant aller jusqu'à l'obligation de résultat » pour une lettre qui indiquait que « Nous avons l'intention de soutenir notre filiale dans ses besoins financiers et, dans le cas où cela deviendrait nécessaire, de nous substituer à elle pour faire face à tous les engagements qu'elle pourrait prendre à l'égard de X » ; Cass. com. 23 oct. 1990, Bull. civ., IV, n°256, JCP éd. G., 1991, II, 2168, note Ch. Larroumet, éd. E, I, 91, obs. Ch. Gavalda et J. Stoufflet, D. 1992. Somm. 34, obs. M. Vasseur, Bull. Joly, 1991.403, note M. Jeantin, Banque 1991. 207, note J.-L. Rives-Langes ; Rev. Soc. 1991.86, obs. Ph. Delebecque, Rev. Dr. Banc. et bourse, 1991.106, obs. M. Contamine-Raynaud.

154Lettres d'intention, De l'engagement d'honneur au cautionnement déguisé, Dr. & patr. 1999, n° 67, p. 45.

155Cf. M. Montanier, Les lettres d'intention, Rapp. C. Cass.1987, p. 72 et concl. sur Cass. com. 21 décembre 1987; M. Fontaine, Les lettres d'intention dans la négociation des contrats internationaux, DPCI 1977.73 et in Droit des contrats internationaux, Feduci, éd. FEC, 1989, (qui livre d'ailleurs de nombreux exemples de lettres d'intention) ; Lettres d'intention, de l'engagement d'honneur au cautionnement déguisé, Dr. & pat. 1999/1, p. 45 s ; U.Draetta et R. Lake, Lettres d'intention et responsabilité contractuelle, RDAI 1993, p.835 ; G. Pevtchin, La lettre d'intention, DPCI 1979, p. 49 ; J.-J. Sarfati, L'ingénierie de la négociation d'une alliance stratégique, Dr. & patr. 1998, n° 58, p. 31 et s.

156 V. par exemple, Contrats internationaux et pays en voie de développement, sous la dir. de H. Cassan, Economica, p. 20-21, à propos des relations Nord-Sud.

Appelé indifféremment lettre d'intention, *letter of intent*, lettre d'intérêt, *letter of understanding*, ou encore *concept papers*, *heads of agreement*, *letter of intent*, *memorandum of understanding*—appelé aussi par ses initiales, MOU, *memorandum of agreement* (157), etc., ce document prend la forme d'un courrier ou d'une déclaration dans laquelle son auteur déclare son « intention » d'entamer ou de poursuivre une négociation et de parvenir à un accord plus ou moins déterminé, ou de préciser un point de cette négociation ou bien encore de faire le point sur la négociation en cours.

<sup>73</sup> Ces lettres d'intention sont donc des actes juridiques unilatéraux qui préparent la conclusion d'un contrat définitif ; il s'agit là d'une terminologie assez vague qui recouvre parfois des techniques juridiques classiques. En général, les lettres d'intention n'engagent que leur auteur et constitue de simple proposition de contracter voire une offre, sans engager leur destinataire. Elles peuvent aussi prendre la forme d'un contrat de négociation, voire d'une promesse de contrat, en fonction de la manière dont elle est rédigée.

Le plus souvent cependant, la lettre d'intention n'a pas d'autre objet que de fixer le cadre de la négociation. Il peut s'agir de déterminer l'objet des pourparlers, par exemple en déterminant avec plus ou moins de précisions ce que pourra être l'opération contractuelle négociée ; il pourra s'agir de ce que ne peut pas être l'objet de la négociation ; il peut s'agir simplement de fixer des étapes ; il s'agit surtout d'envisager quelques modalités élémentaires, lieux des réunions, fréquence des réunions,

---

157 Une définition donnée par des juristes anglais permet une définition plus large : « *les lettres d'intention sont soit des accords pour contracter soit des mises en mémoire d'une négociation* », U. Draetta et R. Lake, *Lettres d'intention et responsabilité contractuelle*, art. cit., sp. p. 836. La définition est d'importance dans la mesure où le droit anglais ne semble pas accorder la même attention que le droit français aux phases de pourparlers, selon une théorie dite du « tout ou rien ». Ainsi, « *il n'y a pas d'obligation de négocier en droit anglais en l'absence d'un contrat (...). A moins qu'une lettre d'intention ne soit considérée comme constituant un contrat complet, les tribunaux anglais n'imposent pas de responsabilité* » (*Ibidem*), même si une évolution semble se dessiner.

personnes habilitées à négocier, procédure de formalisation des accords partiels éventuels, exclusivité des négociations, secret des informations (on est déjà là proche d'un contrat de négociation), etc. Elles interviennent en général après les premières prises de contact élémentaires, dès lors que les deux partenaires estiment avoir l'occasion d'une négociation probable.

74 La lettre d'intention manifeste l'intention de négocier et « l'existence d'une lettre d'intention intensifie l'obligation de négocier de bonne foi » (158), si l'on prend garde de ne pas confondre *intention* et *obligation* de négocier (159). Si la plupart des lettres d'intention s'inscrivent dans une négociation sans arrière-pensée et, donc, s'accompagnent d'une obligation de négocier, de bonne foi, certaines sont beaucoup plus en retrait et révèlent une simple intention d'entrer en pourparlers. C'est une sorte de période « *ante-précontractuelle* ».

De ce point de vue, la lettre d'intention fait partie de ces nombreux éléments contractuels intervenant dans la négociation des contrats, d'une portée pratique très importante, mais qui ajoute peu au régime juridique de la négociation et surtout à celui de la sanction de leur rupture : la lettre d'intention est en principe sanctionnée par le régime de responsabilité délictuelle. C'est d'ailleurs peut-être ce qui justifie l'existence de véritables contrats de négociation, permettant d'aménager les conditions et les effets d'une responsabilité, alors contractuelle.

75 L'intérêt des lettres d'intention est double. D'une part, elles servent à établir, au profit de leur destinataire, *l'intention* de son auteur de procéder à une négociation. D'autre part, elles doivent, pour être crédibles, provoquer *la confiance* de leur destinataire. Aussi, si les lettres d'intention sont par nature unilatérales et non contractuelles, elles ont tendance, tout aussi naturellement, à comprendre des engagements juridiques, passant de l'intention

---

158 U.Draetta et R. Lake, Lettres d'intention et responsabilité contractuelle, RDAI, 1993, p.850.

159D. Mazeaud, La genèse des contrats, un régime de liberté surveillée, art. cit., Dr. et pat. 1996, juillet-août, p.44.

simple au contrat de négociation voire au contrat négocié lui-même.

<sup>76</sup> La lettre d'intention proprement correspond à sa description et ne révèle la volonté que d'un seul des négociateurs. Elle pourra servir alors de fondement, pour son destinataire, à une action en responsabilité fondée sur une négociation de mauvaise foi ou sur sa rupture brutale, empruntant en cela aux règles de la négociation non contractuelle (160). Un auteur (161) propose ainsi la rédaction suivante : « *Après examen des documents que vous nous avez communiqués et les entretiens que nous avons eus avec vos services commerciaux, nous vous informons de notre intention de vous passer éventuellement commande de plusieurs commutateurs téléphoniques de ce type (...)* ».

Il ajoute cependant alors que les formules employées traduisent simplement la volonté de leur auteur sinon de négocier du moins d'étudier une proposition, et qu'il eût été opportun de d'ajouter au document l'une des formules suivantes, afin que le document ne révèle pas même d'obligation de négocier, selon une formule parfois appelée clause « *subject to contract* » ou « clause de non engagement » qui sont sensées permettre de sortir un accord du champ contractuel (162) : « *Bon pour lettre d'intention, sans être contractuelle* » ou « *Nous tenons à préciser que la présente lettre ne présente aucune valeur contractuelle* » ou encore, « *Nous vous remercions de bien vouloir nous retourner le double de votre lettre revêtu de votre signature qui doit être précédée de la mention : bon pour lettre d'intention, sans être contractuel* » (163).

---

160 CA Paris, 13 déc. 1984, RTD civ. 1985, p. 97, obs. Mestre.

161D. Mazeaud, La genèse des contrats : un régime de liberté surveillée, art.cit.

162Cf. P. Mousseron et J. Raynard, obs. in JCP éd. E. 1999, p. 169, n°2.

163 Voir aussi une formule voisine empruntée à M. Marcel Fontaine (Les lettres d'intention, art. cit., p. 85) : « La firme A écrit à la firme B : « *Après examen des documents que vous nous avez communiqués et suite aux différents entretiens que vous avez eus avec notre Ingénieur des télécommunications..., nous vous informons de notre intention de vous passer éventuellement commande d'un commutateur téléphonique de type... Pour la bonne règle, nous tenons à stipuler que la présente ne constitue en aucune façon une commande* ». Commentaire : « *A première vue, on est en présence d'une pure déclaration d'intention, exclusive de tout engagement juridique. La seconde phrase*

La valeur juridique de ces « engagements de non engagement » ressemble à celle des engagements d'honneur, figure juridique paradoxale (164) par laquelle un engagement assure que son contenu n'en est point un. Le juge doit-il s'en tenir à la réalité du contenu de l'engagement, notamment lorsque le « non-engagement » est formulé de manière particulièrement nette (165) ou au contraire doit-on considérer que l'« engagement » sous-jacent l'emporte (166) ? En toute hypothèse, l'imprécision du caractère non contractuel de l'engagement profitera au contraire à la reconnaissance de son caractère obligatoire (167).

77 Un doute subsiste cependant sur les documents, lettres d'intention, qui font le point sur une négociation en cours et qui

---

*paraît le confirmer expressément. Pourquoi écrire une telle lettre ? La petite histoire révèle qu'elle a été envoyée à la demande du négociateur de la firme B, soucieux de faire valoir auprès de ses dirigeants l'intérêt qu'il avait réussi à susciter dans le chef de ses interlocuteurs de la firme A. Plusieurs membres du groupe, raisonnant en droit français, ont néanmoins estimé que l'envoi d'une telle lettre pouvait avoir des conséquences juridiques si A ne devait finalement pas passer la commande avec B. Malgré l'ambiguïté des termes employés, certains ont cru déceler dans la lettre, une affirmation du sérieux des négociations entreprises, de nature à faciliter la preuve d'une faute au moins délictuelle en cas de rupture ultérieure non justifiée. D'autre part, cette lettre n'implique-t-elle pas au moins l'approbation des qualités techniques du matériel ? De l'avis de ces membres, la rédaction d'une telle lettre aurait dû être plus prudente, en se bornant par exemple à confirmer l'intérêt ressenti à l'égard du matériel, sans parler « d'intention de passer éventuellement commande. De l'avis des membres anglais du groupe, il semble par contre que sous l'empire de leur droit, une telle lettre n'aurait vraiment aucune portée juridique ».*

164B Oppetit, L'engagement d'honneur, D. 1979, p. 107 ; M. Geninet, Théorie générale des avant-contrats en droit privé, Th. Paris II, 1985, n°284, J. Cédras, L'obligation de négocier RTD com. 1985.265 et v. F. Labarthe, La notion de document contractuel, LGDJ, 1994, n°280.

165 Cf. A. Laude, La reconnaissance par juge de l'existence d'un contrat, PUAM, 1992, n°691. V. aussi F. Labarthe, *La notion de document contractuel*, LGDJ, 1994, n°265 s

166 Chambéry, 24 mars 1998, JCP éd. E, 1999, p. 169, n° 2, obs. P. Mousseron et J. Raynard, Cass. com. 18 mars 1997, Bull. Joly1997.538 note P. Le Cannu

167Cass. com. 10 janvier 1972, JCP 1972, II, 17134, note Y.Guyon.

constatent un accord sur un point particulier (168), obligeant à ne pas remettre en cause les éléments acquis et à poursuivre la négociation de bonne foi, traduisant sa valeur contractuelle. Tantôt expliquée par la théorie allemande de la *culpa in contrahendo*, tantôt par elle de la *punctuation* (169), la valeur contractuelle qui leur est alors accordée (170) semble davantage pouvoir être expliquée par le recours au contrat partiel ou à l'accord de principe, notamment lorsque les points de la négociation faisant l'objet d'un accord se révèlent fermement entendus (cf. infra, n° ).

78 Parfois des lettres d'intention sont échangées par les deux partenaires à la négociation. La rencontre des volontés peut être identifié un contrat de négociation, obligeant essentiellement à négocier de bonne foi (171).

Des lettres d'intention ainsi échangées peut parfois être décelée l'existence d'une formule contractuelle plus définitive (172). Il s'agit alors d'utiliser une méthode d'analyse qui est celle du mécanisme de l'offre et de l'acceptation et la présence des éléments essentiels du contrat négocié (173) souvent

---

168 V. un exemple cité par M. Fontaine, Les lettres d'intention, art. cit., cas 10 et 11.

169 Cf. A. Rieg, La punctuation, contribution à l'étude de la formation du contrat, Et. A. Jauffret, 1974, p. 600.

170 V. F. Labarthe, La notion de document contractuel, op. cit. n°249 s, pour un exposé de ces démonstrations.

171 Cf. infra, n°456 s.

172 D. Mazeaud, La genèse des contrats : un régime de liberté surveillée, art. cit..

173 Cass. com. 18 mars 1997, Bull. Joly1997, p.538 note P. Le Cannu : « après avoir relevé qu'il résultait des trois documents litigieux (...) que la société Ariès prenait en charge pour un prix de 25 000 000 \$ l'acquisition d'une série de films sous réserve de la signature d'un accord entre la société Carolco et la société Paravision qui s'engageait à payer (5 000 000 \$) l'arrêt constate que ces documents prévoyaient les conditions d'exploitation, puis divers engagements concernant la production de la suite d'un film intitulé « neuf semaines et demi » et que le document était signé par les deux dirigeants après la formule « bon pour accord », que, hors de toute dénaturation, la cour d'appel a pu décider qu'ils constituaient un contrat-cadre liant les parties dès lors que, s'ils sous-entendaient la signature d'accords complémentaires, ils n'en précisaient pas

accompagné de modalités particulières qui retardent son entrée en vigueur, conditions ou autorisations (174), alors qu'un certain flou permet plus facilement de considérer que les parties en sont restées au stade des pourparlers (175).

79 L'attention des rédacteurs de lettres d'intention doit d'autant plus être attirée que l'on se leurre aisément de mots – on ignore simplement la difficulté du langage et des concepts juridiques surtout si l'on songe que ce sont souvent des non-juristes qui rédigent ces documents – et que l'on croit souvent à tort que la lettre d'intention est soustraite à la force obligatoire des contrats par le seul fait qu'elle est baptisée telle. La prudence ne doit pas être non plus un encouragement à la paresse intellectuelle et au flou juridique : aux parties de trouver le juste milieu entre la rédaction qui engage et celle qui propose. Il convient dès lors de savoir ce que les parties recherchent exactement et d'éviter les termes équivoques, surtout lorsque ce sont des non-juristes qui auront à se servir de « *procédures* » mises en place par des juristes familiers des techniques juridiques, surtout lorsque, en outre, ces formules sont destinées à l'exportation et où alors la difficulté de la langue s'ajoute à celle du langage juridique.

Ainsi, parmi les exemples proposés par M. Fontaine dans son article commentant la rédaction de lettres d'intention, « *Une lettre confirme avec précision l'accord de son signataire sur les différents éléments d'une offre, et se termine par la phrase « nous demandons à notre ingénieur-conseil de prendre contact avec vous, dans les meilleurs délais, en vue de la mise au point des documents définitifs des marchés* » (176). A l'évidence, il ne s'agit pas d'une lettre d'intention mais d'un contrat. Ou encore la clause suivante : « *considering this as a letter of intent to start your preparation for commencing the works, we request you to delegate an*

---

*moins nettement les principaux objectifs de son exécution et que leur contenu ne prévoyait pas qu'il ne s'agissait que d'un préliminaire à un véritable contrat entre les sociétés ».*

174 Cf. Cass. 6 mai 1991, *JCP* 1991, I, n°104, Technique contractuelle, n°2, obs. M. et JM Mousseron et J. Raynard.

175 D. Mazeaud, La genèse des contrats : un régime de liberté surveillée, art. cit.

176 M. Fontaine, *Les lettres d'intention*, art. cit., cas n°3 et 4, p. 80-81.



*authorized representative to sign the contract document which are now being prepared ; and to submit the contract final guarantee in accordance with the provisions of the contract documents »* : s'il s'agit de « signer » un contrat, c'est assurément qu'il est déjà conclu.

## B. – Les protocoles d'accord

<sup>80</sup> Le « protocole d'accord » est typiquement l'une de ces formules contractuelles s'inscrivant au cours de l'avant contrat et dont la portée pose difficulté. Il s'agit généralement de la formalisation par écrit du projet de contrat que les parties envisagent de conclure (177) dans un document que les parties nomment parfois protocole d'accord.

Cette dénomination ne présente aucun intérêt particulier en règle générale ; il s'agit même d'une dénomination de fantaisie pour identifier ou bien une lettre d'intention ou bien le contrat lui-même mais soumis à des conditions particulières, comme sa réitération en une forme déterminée ou bien sa ratification par une tierce personne.

Dans la plupart des hypothèses cependant, les parties doivent prendre garde au fait que ce qu'elles nomment « *protocole d'accord* » correspond très fréquemment au contrat lui-même, et contrairement à ce qu'elles pensent sincèrement, qui les engage dès à présent. Il suffit pour cela d'observer que les parties se sont accordées sur les éléments essentiels du contrat. Ici encore en effet, les termes et leur sens sont trompeurs : le non juriste pense souvent que ces termes, « *protocole d'accord* », n'identifient qu'un projet de contrat, alors qu'étymologiquement et juridiquement, ces termes renvoient, doublement même, à un engagement.

On trouve ainsi des « *protocoles d'accord* » dans la pratique de la gestion des conflits collectifs du travail (178) comme alternative à un « *accord de fin de conflit* » ou « *procès-verbal de fin de conflit* » qui sont des contrats, éventuellement collectifs, mais également dans la pratique du droit des sociétés sous la forme de « *protocole de constitution de société* » ou de « *protocole de*

---

177 Cf. L. Rozès, *Le projet de contrat*, Mél. L. Boyer, p.639. V. aussi F. Labarthe, *La notion de document contractuel*, LGDJ, 1994, n°213 et 237.

178 R. de Quénandon, *Des protocoles de fin de conflit dans le secteur privé*, *Dr. social.* 1981, p.401.

*fusion de sociétés* ». La fusion de sociétés est en général précédée d'un « *protocole de fusion* » avant le « *projet de fusion* » obligatoire (C. com., art. L. 236-6). Par exemple, un jugement du tribunal de commerce de Nantes (179), illustre la portée ambiguë de ces documents.

81 On ne peut que recommander la plus extrême prudence dans l'utilisation de cette formule contractuelle : il s'agira ou bien d'un simple engagement d'honneur, d'un contrat de négociation, de promesse, d'un accord partiel voire du contrat négocié définitif.

En toute hypothèse, l'identification d'un contrat suppose de repérer un accord, par exemple de négociation, de manière certaine (180) ; à défaut c'est un simple projet susceptible d'être abandonné ou poursuivi (181). Très fréquentes en revanche sont les situations où les parties concluent un « *protocole d'accord* » pensant s'en tenir à un simple projet alors que l'accord présente toutes les qualités d'un véritable contrat (182), parfois en songeant qu'il convenait de le réitérer, comme s'il s'était simplement agi d'un brouillon de contrat.

### **C. – Contrats partiels, contrats provisoires, contrats intérimaires, contrats d'essai**

82 Lorsque les négociations s'étalent sur un temps assez long

---

179 T. com. Nantes, 31 janvier 1974, Gaz. Pal. 1, p. 433, note A.P.S : Un engagement avait été pris entre les principaux dirigeants d'une société participant à une fusion par lequel ils s'engageaient réciproquement à se consentir un contrat de direction à durée indéterminée assorti d'une indemnité de rupture de cinq années de rémunération. Alors que le défendeur considérait qu'il s'agissait d'un simple engagement d'honneur (le protocole d'accord n'a donc pas de valeur juridique particulière), le tribunal de commerce de Nantes considéra qu'il s'agissait d'un engagement juridique parfaitement formé, mais qui obligeait ses contractants, et point la nouvelle société.

180 Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 16 févr. 1977, n° 75-15120, Bull. civ. I, n° 91, Rev. soc. 1977, p. 681, note Y. Guyon.

181 Paris, 5 mai 2000 et 1<sup>er</sup> déc. 2000, RTD civ. 2001, p. 127, obs. J. Mestre et B. Fages.

182 Cf. Cass. com., 26 janv. 1999, n° 97-10018, RJDA 1999, n° 565, RTD civ. 1999, p. 831, obs. J. Mestre.

ou sont particulièrement complexes notamment parce que l'objet de la négociation repose sur une multitude d'objets ou de contrats, l'organisation de la négociation peut s'effectuer sur la base de documents particuliers, comme les contrats partiels, des engagements provisoires (183) ou partiels.

83 L'un des modèles de ces formules repose par exemple sur les formules très usuelles que sont les formules de contrats ou de clauses d'essai. C'est le cas par exemple des clauses d'essai dans le contrat de travail, qui permettent à chaque partie de mettre fin au contrat à tout moment, sans justification ou encore dans le contrat d'assurance, à travers la note de couverture qui constate l'existence d'une garantie provisoire (184). C'est le cas encore de la clause d'essai dans le contrat de vente (et cf. C. civ., art. 1588), elle-même voisine de la clause d'agréege ou de dégustation (C. civ. art. 1587), avec laquelle elle ne doit pourtant pas être confondue. Leurs modalités sont distinctes : la clause d'agréege est présumée dans la vente de certaines marchandises, dont le vin et l'huile et d'autres choses selon les usages alors que la clause d'essai doit être systématiquement envisagée mais peut être stipulée dans d'autres hypothèses que celles visées par la loi et les usages et, dans ces cas, elle peut être évincées pour préférer une vente ferme. En outre, certaines ventes sont dites conclues à l'essai alors que la formule d'est pas d'essai mais d'agréege. L'essai est en effet une modalité purement technique, objective : lorsqu'une vente est conclue à l'essai, l'acheteur peut essayer la chose, la tester, c'est-à-dire vérifier qu'elle correspond à ses besoins que les parties auront pu prendre soin de préciser auparavant dans le contrat. Si l'essai est concluant, la vente est conclue (185). L'agréege, au contraire, tend à permettre à l'acheteur de vérifier que la chose correspond à son goût : une clause d'essai qui réserverait à son bénéficiaire la possibilité d'une appréciation subjective serait sans doute en réalité une clause

---

183 R. Demogue, Des contrats provisoires, Mélanges Capitant, Dalloz, 1938, p. 159.

184 Cf. Cass. civ. 1ère, 9 nov. 1999, n° 97-14252, Bull. civ. I, n° 294.

185 Cass. civ. 1ère, 13 oct. 1998, n° 96-19611, Bull. civ. I, n° 304, CCC 1998, n° 161, obs. L. Leveneur, RTD civ. 1999, p. 376, obs. J. Mestre.

d'agrégation. Inversement, la clause d'agrégation qui prévoirait un simple test objectif constituerait une clause d'essai.

Cela étant la clause d'essai doit être distinguée du contrat d'essai ou du contrat d'évaluation : le contrat à l'essai ou contrat avec clause d'essai est un contrat unique, un contrat comprenant une clause d'essai qui fait corps avec le contrat qui la contient (186). Les contrats d'essai, en revanche, sont de véritables contrats, autonomes, intérimaires et provisoires, des sortes de brouillons contractuels, non que le contrat d'essai soit inachevé ou mal rédigé mais parce que les parties décident de se soumettre aux obligations du contrat « *pour voir* », afin de vérifier si le matériel informatique ou mécanique promis convient, si la technologie communiquée est adaptée.

Lorsque le contrat d'essai se solde par un *échec*, à moins que le bilan n'est pas réalisé (187), en ce sens qu'il ne se poursuit pas par le contrat définitif, les parties reprennent leur liberté, affectée parfois par une clause de confidentialité, de non-exploitation, de non-concurrence, selon la nature de l'objet de l'essai. Lorsque le contrat d'essai est un *succès*, on observe que le contrat définitif rétroagit : tout se passe comme si la période d'essai était gommée, absorbée par la formule définitive (188).

Une autre formule de procédure contractuelle de négociation se retrouve à travers les techniques dites des *contrats partiels* (189). La situation se présente à l'occasion d'une négociation portant soit sur plusieurs contrats soit sur un contrat sophistiqué imposant une longue négociation. Il s'agit alors de répondre à la question suivante : à partir de quand les parties peuvent-elles considérer que le contrat est conclu ? Faut-il attendre que l'ensemble des éléments de l'accord fasse l'objet d'un consentement exprès ou bien se contentera-t-on d'un accord sur les éléments principaux, alors à déterminer avec précision ? Les

---

186 L. Lorvellec, *L'essai dans les contrats*, thèse Rennes, 1972.

187 Cass. civ. 1ère, 7 nov. 2006, n°05-11775, Bull. civ. I, n°457.

188 - Cf. J.-M. Mousseron, *La durée dans la formation du contrat*, mélanges A. Jauffret, 1974, p. 518.

189 J.-M. Loncle et J.-Y. Trochu, *La phase de pourparlers dans les contrats internationaux*, RDAI 1997, p.3.

mécanismes ordinaires du droit des contrats, fondés sur la règle posées en droit de la vente selon laquelle la vente est parfaite dès que les parties sont d'accord sur la chose et le prix, deviennent peu utilisable en cas de négociation de contrats complexes. Les Principes du droit européen des contrats rejoignent la solution française en la généralisant. Ainsi l'article 2:101 dispose que : « *Un contrat est conclu dès lors que (a) les parties entendaient être liées juridiquement (b) et sont parvenues à un accord suffisant, sans qu'aucune autre condition soit requise* », l'« accord suffisant » pouvant être identifié grâce au secours de l'article 2 :103 qui indique que « *(1) Un accord est suffisant si ses termes (a) ont été définis par les parties de telle sorte que le contrat puisse être exécuté, (b) ou peuvent être déterminés en vertu des présents Principes. (2) Si toutefois une des parties refuse de conclure un contrat faute d'accord sur un point particulier, il n'y a point de contrat si ce point ne s'est pas réalisé* ». Les formules demeurent cependant vagues et les parties ont tout intérêt à préciser les enjeux, de ce point de vue, de leur négociation.

La première hypothèse traduit l'existence d'une certaine forme d'*attraction de l'échec sur la réussite* par une sorte de parcellisation de l'accord : le contrat définitif n'est conclu que lorsque les parties se sont mises d'accord sur l'ensemble des clauses du contrat ou sur l'ensemble des contrats formant l'accord. La formule n'est guère évidente à mettre en place. Le droit français des contrats fait en effet le tri entre principal et accessoire et admet par conséquent qu'un contrat est conclu dès lors que l'accord porte sur les éléments nécessaires à sa formation, chose et prix pour la vente par exemple. Il convient donc de faire échec à cette solution par une clause « *essentialisant* » (190) l'ensemble des

---

190 Cf. Cass. com., 28 févr. 2006, n° 04-14719, RTD civ. 2006, p. 755, obs. J. Mestre et B. Fages ; Cass. com., 22 juin 2010, n° 09-14534, RJDA 2011, n° 3 : est justifié l'arrêt qui « *fait ressortir que la société n'avait pas fait des modalités de paiement un élément déterminant de la formation du contrat et qui a retenu par ailleurs que le bon de commande signé le 9 mars 2006 complété par la télécopie adressée par cette dernière à la société Les Jardins d'Avron le 14 mars suivant démontraient que les parties étaient d'accord sur la chose et sur le prix* ». A moins que telle clause soit essentielle « *par nature* » : Versailles, 5 mars 1992, Bull. Joly 1992.636, note J. Schmidt (clauses de non concurrence et de garantie de passif); contra : Paris

clauses du contrat négocié ou l'ensemble des contrats faisant l'objet de l'accord ce que le droit anglais appelle clause « *legal requirement of certainty* ». mais, comme en matière de concurrence de conditions générales (Cf. supra, n° ), on peut s'interroger sur le sort de cette « *essentialiation* », bien fragile dès lors que les parties commenceront à exécuter le contrat bien que toutes les clauses n'aient encore fait l'objet d'un accord.

La formule inverse propose une forme d'*attraction de la réussite sur l'échec* et de globalisation de l'accord.

La technique de la condition, notamment lorsque la négociation porte sur plusieurs contrats formant un ensemble de contrats, est une technique élémentaire : chaque contrat est conclu sous la condition, suspensive ou résolutoire, de la conclusion des autres contrats ou d'un contrat « *leader* ». Une seconde technique consiste à identifier les éléments principaux de l'accord (clauses principales et/ou contrats principaux dans un ensemble de contrats) et les éléments accessoires et de considérer que l'accord portant sur les éléments principaux vaudra accord pour l'ensemble. La difficulté consiste alors à prévoir les conditions de la formalisation de ces contrats accessoires, en imposant des (re)négociations de ces contrats afin d'en parfaire la réalisation. Une troisième technique dans les hypothèses de pluralité de contrats au sein d'un ensemble de contrats, consiste à dissocier encore davantage les opérations et considérer que l'accord portant sur tel contrat sera définitif, peu important que tel autre soit ou non conclu. La formule peut alors s'enrichir de clauses modifiant tel aspect interne, le prix par exemple, selon que tel autre accord s'intègre ou non dans l'opération globale.

## **Section 2. – Les instruments contractuels de la négociation: les contrats préparatoires**

<sup>84</sup> Plusieurs types particuliers de contrats peuvent être conclus avec un tiers à l'occasion de la négociation. Certains sont conclus avec des tiers comme les contrats d'étude mais ce sont

---

27 mai 1980, D. 1981, p. 319, note Ph. le Tourneau sur l'existence d'un accord de principe déjà conclu, malgré l'absence d'accord sur l'ensemble.

surtout les contrats ayant spécifiquement pour objet la négociation, ceux que l'on désigne comme les contrats préparatoires ou les « *avants-contrats* » et qui renvoient à des formules très connues : contrats de négociation (I), contrats ou pactes de préférence (II), contrats de promesse (III), contrats-cadres même, que l'on écartera ici (cf. infra, ).

## I. – Les contrats de négociation

<sup>85</sup> Le contrat de négociation est une formule contractuelle organisant les pourparlers les plus intéressantes afin d'envisager une négociation et d'en prévoir, organiser, gérer les modalités (191) et dont l'acception s'élargit à des formules déjà rencontrées : protocoles d'accord, lettres d'intention.

La clause de négociation, ou de renégociation, s'inscrit dans une perspective voisine de celle du contrat de négociation, à la différence qu'elle participe de l'exécution d'un contrat en cours, en vue de son adaptation.

Les premières réflexions académiques sur ces formules attachaient une valeur d'accord de principe, de contrat générateur d'une obligation de négocier, à la « *punctuation* » (192), le fait d'établir par écrit, en cours de pourparlers, les points sur lesquels les parties se seraient accordées.

La négociation des contrats est aussi parfois imposée, comme en matière de droit social. La négociation collective s'entend de la discussion entre employeurs et syndicats de salariés des conditions d'emploi et de travail des salariés et de leurs garanties sociales. Libre par principe, ce type de négociation est cependant

---

191 Si la doctrine et la jurisprudence françaises connaissent ce type d'accord, ce n'est pas le cas pour la doctrine et la jurisprudence anglaises qui n'envisagent pas l'idée d'un contrat de négociation. Selon J. Schmidt, « *un tel accord serait nul en raison de l'incertitude affectant les termes du contrat à négocier. Les tribunaux anglais n'ont pas admis d'action sur une base contractuelle en cas d'omission de négocier de bonne foi un contrat envisagé dans un accord de principe* ». Toutefois ajoute-t-elle, « *une évolution en ce sens n'est pas toutefois exclue* ». (J. Schmidt, La négociation du contrat international, Droit et pratique du commerce international, 1983, tome 9 n°2, p.245).

192A. Rieg, *La punctuation*, Mélanges A. Jauffret, 1974, p. 603.

imposé par les règles de la négociation obligatoire, une fois l'an, pénalement sanctionnée, mais sans qu'il soit imposé que pareille négociation aboutisse à un accord, ainsi que comme préparation à une réforme du droit du travail.

En définitive, le contrat de négociation se définit par son effet caractéristique: la production d'une obligation de négocier : la convention de négociation a pour principal effet une obligation de discuter les conditions d'un contrat futur dont la nature et l'objet principal sont précisés, obligations qui impose à la fois d'entreprendre la discussion et la conduire de celle-ci, de bonne foi.

On observera enfin que le contrat de négociation, parfois appelé aussi contrat de pourparlers, n'est pas une catégorie de contrats nommés, mais la pratique contractuelle a pris l'habitude de les nommer ainsi dès lors qu'ils répondent à cette définition, en sorte que l'on trouve d'autres formules contractuelles qui ont pour objet une obligation de négocier. L'exemple le plus important est « *l'accord de principe* » mais également les situations dans lesquels les échanges entre les négociateurs révèle un accord qui, à défaut d'être le contrat négocié, est un simple contrat de négociation. La différence principale entre tous ces contrats tient à l'importance de la volonté des négociateurs selon que les parties ont ou non conscience de prendre partie à un contrat de négociation.

### A. – L'accord de principe

<sup>86</sup> L'appellation « *accord de principe* » est sans doute née d'un arrêt de 1958 souligné par Jean Carbonnier. L'accord de principe peut être défini ainsi : accord obligeant deux parties, l'une envers l'autre, non point à conclure mais à négocier un second contrat dont ledit accord ne précise ni les clauses accessoires ni les clauses essentielles.

L'affaire ayant donné lieu à l'arrêt de 1958 est suffisamment importante et topique pour être évoquée. Le dénommé Marchal avait été employé jusqu'en 1940 dans les usines Renault et avait demandé après la Libération sa réintégration par un courrier auquel il fut répondu « *bien que nous désirions vous donner satisfaction, nous avons répondu à votre demande faisant état des titres que vous avez acquis dans la Résistance, que la marche actuelle de nos usines et l'organisation de nos services déjà très chargés devant une production encore faible, ne nous permettent pas de vous donner, pour l'instant, une réponse*



*favorable* » puis dans un autre courrier adressé à un tiers qui était intervenu « *Après un nouvel examen de la question, je puis vous indiquer que nos intentions à l'égard de M. Marchal n'ont pas changé et que, dès que la reprise de l'activité automobile le permettra, nous examinerons à nouveau la possibilité de le réintégrer dans le personnel de la Régie* ». Belles paroles ! mais non suivie d'effet car si une place s'était libérée et la reprise attendue était revenue, M. Marchal ne retrouva point son poste. Le tribunal civil de la Seine avait considéré que les lettres contenaient « *l'engagement de réintégrer Marchal* ». Cassation car, « *en décidant que les lettres susvisées contenaient un engagement ferme de la part de la Régie de réintégrer Marchal et ce dès le premier poste vacant, le jugement attaqué a dénaturé le sens et la portée de leurs clauses claires et précises selon lesquelles la Régie, désireuse de donner satisfaction à la demande de Marchal, examinerait, selon la prospérité et l'évolution de la situation de l'entreprise, la possibilité de le réintégrer, ce qui ne constituait qu'un accord de principe* » (193).

---

193Soc. 24 mars 1958, JCP, 1958.II.10868 note J. Carbonnier. V. déjà Req. 16 nov. 1927, D. 1928.1.33, note A. Rouast ; Req. 10 octobre 1931, D.H. 1931.540 à propos de sociétés ayant donné congé à un salarié en lui promettant de le convoquer le mois suivant pour lui proposer un nouvel emploi ; trois mois plus tard, une nouvelle situation était effectivement proposée mais à des conditions très inférieures ; les sociétés furent condamnées pour avoir manqué à leur engagement, qui était un accord de principe, au sens où il fut ensuite donné par l'arrêt de 1958 (Cf. J.-C. Serna, *Le refus de contracter*, LGDJ, 1967, n°203 s.). De même, mais postérieurement à 1958, la Cour de cassation a pu déduire de l'attitude d'un médecin qui avait pris contact avec un architecte et les services de l'urbanisme un accord de principe relatif à un contrat de société à conclure entre ce médecin et le propriétaire d'un immeuble pour l'exploitation d'une clinique (Cass. civ.1ère, 8 octobre 1963 : *Bull. civ. I*, n°419) ou encore, l'engagement pris par le propriétaire d'un immeuble de consentir un bail sous réserve de se mettre d'accord sur les conditions qu'il poserait à la conclusion, constitue lui aussi un accord de principe (Cass. civ. 1ère, 16 avril 1973 : *Bull.civ. III*, n°287). Pour d'autres exemples, v. Czss. civ. 1ère, 8 oct. 1963, *Bull. civ. I*, n°419, Cass. com. 9 juin 1980, *Bull. civ. IV*, n°251, à propos d'une cession de clientèle ; Cass. civ. 3ème, 27 nov. 1984 : *Bull.civ. III*, n°200, pour un contrat d'échange, V. aussi Com. 6 octobre 1964, *Bull. civ. III* p.366; Cass. com 28 oct. 1989, D. 1991,62, note J. Schmidt-Szalewski ; Cass. soc. 19 déc. 1989, D. 1991.62, note J. Schmidt-Szalewski; Cass. civ.1ère, 3 juill. 1996, *Bull.civ.I*, n°287, RTD.civ. 1997.659, obs. J.Mestre.

87 L'accord de principe est donc un contrat dans lequel un consentement est donné sur le contrat projeté, sur le principe de ce contrat, d'où son appellation. Manquent cependant les éléments essentiels qui permettraient de considérer que le contrat projeté est déjà conclu, chose, prix, mission, etc. Souvent, cette omission est involontaire mais elle pourrait être tout à fait souhaitée.

88 L'accord de principe a pu être rapproché d'autres formules connues. Il n'est pas une simple déclaration d'intention, comme c'est le cas des lettres d'intention, dans la mesure où il y a un consentement échangé. Il n'est pas non plus un contrat de promesse de contracter car aucune des deux parties à l'accord de principe n'a donné son consentement définitif au contrat à conclure. Il n'est pas plus un contrat sous condition de la survenue des éléments essentiels qui font défaut dans l'accord de principe (194) dans la mesure où leur survenance ne formera pas le contrat car aucune des parties n'est obligée de conclure le contrat.

Dans tous les cas, l'accord de principe est « *un contrat à confirmer* » (195). C'est pour cette raison que l'accord de principe emporte une obligation de négocier la confirmation de ce contrat, sans être ni expressément stipulée ni l'objet essentiel du contrat comme c'est le cas de contrat de négociation proprement dit.

Cette obligation de négocier se décompose en deux : une obligation d'entreprendre ou de poursuivre la négociation, obligation de résultat, et une obligation de mener la négociation, obligation de moyens.

Il reste que la proximité des effets justifie que l'accord de principe soit classé parmi les accords de négociation, d'autant que l'utilisation de la formule par les juges est loin d'être anecdotique et, au contraire, extrêmement fréquente.

---

194 Cf. Paris, 20 novembre 1992, JCP éd. E, 1993, pan. 111.

195I. Najjar, L'accord de principe, *D.* 1991. Chr. 57.

## B. – Le contrat de négociation proprement dit

A la différence de l'accord de principe, le contrat de négociation est un accord par lequel les parties contractualisent la négociation et, par là même, l'obligation de négocier que génère toute négociation. Plusieurs difficultés apparaissent alors, parmi lesquelles, outre sa conception (1), son régime (2), sa construction et le contenu du contrat de négociation (2).

### 1. – Conception du contrat de négociation

Si un contrat de négociation n'emporte pas plus obligation de conclure le contrat négocié qu'une obligation extracontractuelle de négocier, l'intérêt de conclure un tel contrat se mesure aisément. Il procure en effet deux avantages. Le premier avantage est immédiat. Il tient à la possibilité d'échapper à la responsabilité délictuelle pour pouvoir organiser contractuellement l'éventuelle responsabilité que les parties pourraient se reprocher ; la possibilité, entre commerçants, de choisir la juridiction compétente voire une procédure arbitrale ; la possibilité de choisir la loi applicable à la négociation... Le second avantage est plus médiat. Il consiste, surtout pour les négociations longues ou qui portent sur des enjeux importants, à permettre aux parties d'organiser les règles du jeu de la négociation qu'ils ont choisies, par des jeux d'obligations qu'elles devront respecter.

Le contrat de négociation peut prendre des formes différentes. Parfois, un tel accord est expressément souhaité, négocié peut-être, rédigé par écrit puis signé par les parties. D'autres fois, un tel accord résultera du constat qu'un consentement s'est constitué sur une telle obligation de négocier, prouvé par exemple par une lettre missive adressée par l'un des partenaires à l'autre (196), ou encore par un compte rendu de réunion entre les

---

196Cf. J. Schmidt, *Négociation et conclusion des contrats*, Dalloz, droit usuel, n°377.

parties (197). Souvent cependant, l'engagement de négocier n'est formulé que verbalement, rendant difficile, voire impossible sa preuve tant il est vrai que rien ne ressemble plus à une obligation contractuelle de négocier qu'une obligation extracontractuelle de négocier.

Un contrat de négociation peut aussi intervenir à des moments différents. Dans certaines circonstances, les parties rédigent très tôt un contrat de négociation, dès le départ des pourparlers, n'envisageant guère alors autre chose que le cadre général de la discussion et, peut-être, le type de contrat ou d'opération contractuelle à négocier. Parfois au contraire, des pourparlers se déroulent de manière informelles pendant un certain temps, au bout duquel les parties estiment éprouver le besoin de parfaire la procédure de négociation par un contrat à cet effet qui sera sans doute beaucoup plus précis que le précédent sur les conditions de la conclusion du contrat négocié, sur sa précision, sur son contenu. Enfin, dans d'autres situations encore, les parties constateront à un stade avancé des pourparlers, qu'elles sont parvenues à des bribes d'accord et souhaiteront « *faire le point* », procédant à une « *punctuation* (198) » ou un protocole d'accord, consignnant par écrit les points sur lesquels existe leur entente et s'engageant à poursuivre la négociation pour parvenir à conclure un contrat à définir.

## 2. – Régime du contrat de négociation

Le contrat de négociation produit un effet principal, une obligation de « négocier » c'est-à-dire de discuter les éléments d'un contrat futur, dont le contenu, le titre ou les éléments, sont ou non déterminés.

L'obligation de négocier se distingue ainsi en deux obligations : une obligation d'entamer ou de poursuivre une négociation, c'est-à-dire une obligation de prendre contact, de se rendre à un rendez-vous, que l'on peut considérer comme une

---

197 B. Gross, *Pourparlers*, op. cit.

198 Pour de plus amples développements, voir A. Rieg, *La punctuation, contribution à l'étude de la formation successive du contrat*, Mélanges Jauffret, 593.

obligation de résultat, et une obligation de négociier de bonne foi, c'est-à-dire de discuter raisonnablement, sans tromper son adversaire ni lui laisser croire que la négociation va se poursuivre et peut-être aboutir alors que l'on sait qu'on va l'abandonner, comme en matière de négociation informelle, qualifiée d'obligation de moyens (199).

89 On peut admettre cependant, que l'intensité de ces obligations varie avec le temps. Ainsi, on peut concevoir qu'un contrat de négociation conclu très tôt dans les pourparlers comporte une obligation très forte d'entamer les discussions. On conçoit tout aussi bien que cette obligation soit plus faible s'agissant de la conduite de celles-ci. Inversement, lorsque le contrat de négociation est conclu à un stade plus avancé des négociations, l'obligation de négociier est devenue une obligation de poursuivre les négociations, qui cède le pas devant l'obligation de les poursuivre de bonne foi.

90 L'ajout des termes « *de bonne foi* » à l'obligation de négociier n'est cependant jamais que la déclinaison de la formule lapidaire de l'article 1134, al. 3 du Code civil. On trouve cependant dans certains contrats industriels et commerciaux, des *clauses d'exécution de bonne foi*, selon lesquelles les parties s'engagent par exemple à exécuter le contrat de bonne foi. Une telle déclaration peut dépasser le cadre de la formule de convenance et créer une obligation de négociier le traitement des difficultés que les parties rencontreraient au cours du contrat, de combler en quelque sorte les lacunes de l'accord par la négociation. Il faut toutefois être modéré dans leur interprétation et ne pas fournir à un partenaire peu soucieux d'exécution un argument pour la remise en cause incessante des clauses de l'accord.

Il en résulte que les parties au contrat de négociation doivent établir des relations fondées sur une confiance réciproque, proposer des formules, prix, conditions, modalités, etc., sérieuses, eu égard aux enjeux du contrat objet de la négociation,

---

199 Cf. Versailles 21 septembre 1995, RTD.civ. 1996.145, obs. J.Mestre; Civ.3<sup>ème</sup> 7 octobre 1997, inédit.

c'est-à-dire qu'elles doivent observer un comportement de négociateur avisé, plus soucieux de la recherche de l'accord que des moyens de l'éviter.

En revanche, l'exécution de l'obligation de négocier, même de bonne foi, n'emporte pas obligation de conclure effectivement le contrat projeté. Les parties peuvent toujours décider, pendant la négociation, de rompre celle-ci dès lors que les conditions ne leur paraissent plus réunies pour parvenir à un accord sur les bases du contrat de négociation. Une telle rupture ne saurait, en soi, être fautive et engager la responsabilité de celui qui en prend l'initiative.

De ce point de vue la qualité internationale ou simplement interne du contrat de négociation ne change rien à l'intensité de l'obligation de négocier. Tout juste peut-on relever que les règles, d'origine et d'autorité diverses, gouvernant le droit des contrats internationaux insistent souvent sur la bonne foi présidant à l'exécution de l'obligation de négocier. C'est le cas des principes Unidroit, des Principes pour un droit européen des contrats ou encore la Convention de Vienne sur la Vente Internationale de Marchandises qui précise ce que doivent être les comportements d'un commerçant loyal : ceux d'un homme raisonnable, placé « *en situation* », c'est-à-dire dont l'intention présumée et prévisible est de se comporter conformément aux usages de la profession, dont elle est réputée avoir connaissance, et aux relations préexistantes à la négociation.

<sup>91</sup> Il y a là application d'un principe presque universel dans nos droit continentaux, suffisamment en tout cas pour être parfois considéré comme un usage ou un principe général du droit international (200). Le droit anglo-américain par exemple, riche des nuances de son vocabulaire, n'est pas en retrait pour apprécier le caractère loyal et diligent des agissements des parties impliquées dans une négociation sur un fondement contractuel : « *best efforts* », « *due diligence* », « *equitable* », « *fair and reasonable* », sont

---

200Cf. G. Morin, Le devoir de coopération dans les contrats internationaux, DPCI., 1980, t.6, n°1, p.9-28.

des concepts familiers des négociateurs dans un environnement anglo-saxon, et des instruments efficaces pour sanctionner des agissements non conformes.

A cet égard, l'appréciation de la diligence du débiteur se fera par référence aux obligations d'un professionnel compétent, spécialisé et avisé. Ainsi, selon une formule récente de Lord Justice Geoffrey Lane : « *best endeavours oblige the purchaser to take all those reasonable steps which a prudent and determined man acting in its own interests and anxious to achieve particular result would have taken* »(201). Par conséquent, la partie débitrice d'une telle obligation de « *meilleurs efforts* », de moyens dirons-nous plus classiquement, est en quelque sorte présumée vouloir sincèrement tout mettre en œuvre afin de créer des effets de droit en matérialisant un accord que l'on croit possible. Il en va de même pour les droits continentaux autres que le droit français, avec quelques nuances tout de même. Ainsi, le droit allemand fait, fidèle à Jhering, de la « *diligentia incontrabendo* » une obligation essentielle des parties en négociation, tandis que le droit italien a codifié l'obligation précontractuelle de négociier de bonne foi (C. civ. italien, art. 1337).

92 Le plus difficile n'est donc pas de repérer les conditions et l'intensité de l'obligation de négociier de bonne foi mais d'imaginer les caractères de ce qu'est une exécution de mauvaise foi de cette obligation, à la fois pour s'en prémunir et pour la sanctionner. Tout est affaire d'appréciation au cas par cas mais on peut suivre la doctrine américaine qui définit la loyauté par défaut : elle est ce qui demeure après que l'on ait exclu les catégories de mauvaise foi qui sont, pour le Professeur Farnsworth, au nombre de sept : refus de négociier, tactiques malhonnêtes (par exemple extrême inflexibilité) ; non-divulgation ; propositions exagérées ; négociations simultanées ; manquement à sa parole et, dans certains cas, rupture des

---

201 *IBM UK Ltd v Rockware Glass Ltd*, 1980, jurisprudence citée par MM. Loncle et Trochon, art. cit., p. 14.

négociations (202).

<sup>93</sup> En l'absence de règles légales spécifiques autre que la formule lapidaire de l'article 1134, al. 3 du code civil, les mécanismes généraux de la responsabilité civile contractuelle (203) permettent de traiter les conséquences dommageables de la rupture du contrat de négociation, même si la différence entre cette situation, contractuelle, et celle relevant de la faute délictuelle commise à l'occasion de la rupture d'une négociation informelle est ténue.

Les hypothèses d'inexécution peuvent être diverses comme, par exemple, le refus d'entamer tout contact, le refus d'entreprendre la discussion ou le refus d'y participer ou de se rendre à un rendez-vous, hypothèses assez brutales, suffisamment en tout cas pour que l'inexécution soit clairement établie, mais encore le refus de faire connaître les conditions que l'on met à la conclusion du contrat.

Bien entendu, le refus de conclure le contrat objet de la négociation n'est pas fautif puisque l'obligation de négocier n'emporte pas d'obligation de contracter. Serait une faute en revanche, le fait d'avoir provoqué l'échec de la négociation par un comportement de mauvaise foi consistant, par exemple, dans la formulation systématique de propositions inacceptables parce que dérisoires ou disproportionnées. Aucune originalité ne se présente donc ici et plus le contenu du contrat aura été précisément fixé moins les incertitudes seront grandes. Ainsi, lorsque l'obligation comporte l'engagement de désigner un tiers devant arbitrer la fixation des conditions du contrat, le refus de procéder à sa désignation ou le refus systématique d'agréeer tous

---

202Rapporté par U. Draetta et R. Lake, *Letters of intent and precontractual liability*, RDAI, 1993, p.844 et 845.

203 Toute la difficulté est alors de savoir quand on passe d'un régime à l'autre car tout s'opère progressivement. On passe au stade de la liberté précontractuelle, et puis, « insensiblement, la situation devient contractuelle » (V.J. Cedras, *L'obligation de négocier*, RTDCom., 1985, p.265et s.).



les experts proposés constitue une faute contractuelle (204).

Par ailleurs, la responsabilité consécutive à l'inexécution de l'accord de négociation ne peut conduire à envisager une réparation en nature consistant dans l'exécution forcée de l'obligation ; on ne saurait d'avantage contraindre une partie à négocier qu'un peintre à exécuter le tableau promis. C'est alors la présence d'une clause d'astreinte, seule modalité qui permette en pratique d'obtenir une exécution forcée sous la contrainte, qui peut être discutée dans la mesure où la principe de l'obligation de négocier est contenu dans sa limite : la possibilité de ne pas conclure le contrat.

La violation de l'obligation de négocier ne peut dès lors se résoudre qu'en une allocation de dommages-intérêts (205) au partenaire qui a subi un préjudice (temps perdu, frais engagés, comme ceux engendrés par exemple, par des études de faisabilité...). Plus difficile est la question de savoir si le dommage réparable doit comprendre le profit que le demandeur aurait pu tirer du contrat. Un tel manque à gagner doit cependant sans doute être exclu dans la mesure où il est moins lié l'exécution de l'obligation de négocier qu'à la formation du contrat négocié car « *même si la négociation s'était ouverte, même si les pourparlers s'étaient déroulés de bonne foi, la conclusion du contrat ne serait*

---

204 Civ., 24 novembre 1965, Bull. civ. I, n°651, p.495. *RTDCiv.*, 1966.310, obs. G.Cornu. Le partenaire ne peut, en revanche, obtenir du tribunal la désignation du tiers convenu, sauf si un tel recours a été prévu dans la convention elle-même : Civ. 25 avril 1952, D.1952, p. 635 ; *RTDCiv.*, 1952. 515, obs. J. Carbonnier.

205 Voir toutefois J. Carbonnier, note sous Cass. soc. 24 mars 1958 où il suggère que le juge pourrait tenir de la loi et notamment de l'article 1135 du Code civil, le pouvoir de compléter le contrat. Au contraire, sur cette question, M. Géninet (Théorie générale des avant-contrats en droit privé, Thèse Paris II, 1985) écrit « aucune législation ne va jusqu'à décider que le juge doit conclure le contrat à la place du justiciable ». B.Gross ajoute : « il n'en irait autrement que si les parties se sont mises d'accord sur tous les points qui sont abandonnés à leur volonté ; mais dans cette hypothèse, leur convention ne serait plus un accord de principe, ce serait l'accord définitif. Au surplus, il y aurait toute chance pour qu'un contrat imposé dans ces conditions restât lettre morte ».

*peut-être pas intervenue* » (206).

### 3. – Construction et contenu du contrat de négociation

<sup>94</sup> Les accords de négociation sont intitulés de manière diverse : « *contrat* » ou « *accord de négociation* », « *accord de principe* », « *lettre d'intention* », « *gentleman's agreement of négociation* » « *memorandum of outstanding* », « *livre des procédures de négociation* », envisageant l'ensemble d'une négociation ou simplement un élément comme c'est le cas des accords de confidentialité.

Diverses clauses ponctuent ce types d'accord, certaines méritant davantage d'attention que d'autres. Ainsi, pour un contrat international de négociation, la précision du système juridique applicable, loi applicable et juge compétent, est essentiel, voire l'un des intérêts même de la conclusion d'un contrat de négociation. Le choix de la loi est capital, en son absence, il conviendrait de s'en remettre aux solutions supplétives du Règlement « Rome I » n° 593/2008, la difficulté étant ici que le contrat de négociation ne peut se confondre avec aucun des exemples livrés par l'article 4.1 du Règlement de sorte qu'il convient de s'en remettre à la recherche de la prestation caractéristique du contrat, et de son débiteur, à ceci près que l'obligation de négociation, prestation caractéristique du contrat, est très certainement une obligation bilatérale, de sorte que la loi applicable sera celle que le juge compétent considèrera comme la loi ayant les liens les plus étroits avec le contrat, ce qui assure une certaine liberté d'appréciation et inversement une grande incertitude juridique pour les parties imprudentes.

De même trouve-t-on des clauses réglant la fin de la négociation, comme la question de l'entrée en vigueur du contrat négocié, de sa réitération éventuelle, de sa ratification, ou encore de la répartition éventuelle de la charge du coût de la négociation, voire des clauses limitatives de responsabilité ou au contraire des clauses pénales en cas de violation de l'accord.

---

206 B. Gross, Pourparlers, Jur-Class., Contr. distr. Fasc. 20, n°54.

95 Surtout, le contrat de négociation détermine les modalités des pourparlers et fixe, plus ou moins précisément, une procédure de négociation. L'accord est parfois appelé par les « livres de procédures de négociation » de l'un ou l'autre des partenaires, qui préparent eux-mêmes les « audits de conformité » qui pourront être effectués. Ils peuvent être plus ou moins élaborés : fixer le scénario de la négociation, les essais, les date d'échange des lettres d'intention, un calendrier de réunions, les lieux, la langue, les personnes présentes, voire les personnes obligatoirement présentes, etc. C'est autour de ce scénario que s'organisent quelques clauses remarquables.

96 Ainsi, le contrat de négociation peut contenir une d'obligation de ne pas négocier avec d'autres par une *clause d'exclusivité* de la négociation, étant entendu que, en règle générale, la négociation, même de bonne foi, ne suppose pas cette exclusivité et l'hypothèse de négociations parallèles, à moins que l'ambiance de la négociation ne le suppose (207). Il n'est pas rare, alors que l'exclusivité de la négociation soit stipulée pour une période déterminée et qu'elle s'effectue à titre onéreux, par la stipulation d'un prix payé par l'une des parties, qui pourra, ou non, s'imputer sur le prix définitif du contrat, et qui sera perdu en cas d'échec de la négociation.

De moindre effet, les parties peuvent insérer une clause de révélation d'une négociation parallèle dite aussi *clause de sincérité* qui crée une simple obligation d'information d'une telle occurrence, sans interdire, par nature, la pluralité de négociation.

De façon médiane, une *clause de conflits d'intérêts* permet de limiter une négociation concurrente, pour autant que les intérêts en conflits aient été clairement déterminés, sans l'interdire par principe.

97 De même isole-t-on parfois des clauses imposant de négocier de bonne foi. On peut ainsi trouver de véritables clauses d'exécution de bonne foi dans les préambules de conventions et

---

207 M. Fontaine, *Les lettres d'intention dans la négociation des contrats internationaux*, DPCI, 1977. p. 73, et sp. p. 95

dans les déclarations d'intention annonçant que « les *parties exécuteront le contrat de bonne foi* ». Une telle déclaration peut dépasser le cadre de la formule de convenance ou la répétition de elle de l'article 1134, 3 du Code civil et créer une obligation de négocier le traitement des difficultés que les parties rencontreraient au cours du contrat, de combler, en quelque sorte, les lacunes de l'accord par la négociation. Il faut, toutefois, être modéré dans leur interprétation et ne pas fournir à un partenaire peu soucieux d'exécution un argument pour la remise en cause incessante des clauses de l'accord.

On peut rapprocher ces clauses des clauses d'arrangement amiable obligeant les contractants en conflit à engager avant de saisir le juge ou l'arbitre, des négociations pouvant éventuellement déboucher sur une transaction. Ainsi, avant de saisir le juge ou l'arbitre, les parties devront chercher le traitement amiable (208) de tout différend survenant au cours de l'exécution du contrat.

<sup>98</sup> Les clauses les plus répandues sont cependant les *clauses de confidentialité* dits aussi *non Disclosure Clause* ou *Agreement* ou encore *Confidential Disclosure Agreement*, qui créent une obligation de ne pas révéler à des tiers ou à ses partenaires la négociation en cours ou les informations qui auraient pu être transmises à l'occasion de la négociation. Très fréquentes dans les contrats de négociation de l'acquisition d'une entreprise, de fusion ou de cession de contrôle ou encore dans les contrats de distribution ou industriels et quasi-systématiques dans les contrats internationaux, ces clauses font l'objet de nombreux modèles. Leur efficacité suppose cependant que soient déterminés les raisons de l'accord, la détermination de l'objet de la confidentialité (négociation elle-même, types d'informations soumises à confidentialité), la nature de la divulgation interdite, l'étendue de la confidentialité (dirigeants, salariés, préposés, contractants, etc., éventuellement

---

208 Cette clause, comme le souligne J. Cedras « *oblige donc les parties, sans autre préalable, à se présenter respectivement leurs sujets de mécontentement et leurs suggestions en vue d'un retour à des relations normales* » (L'obligation de négocier, RTD.Com., 1985, p.284).

en joignant le modèle de clause à établir avec les diverses personnes en mesure d'avoir à faire avec les informations protégées) et inversement l'étendue des divulgations permises (à l'intérieur de l'entreprise négociatrice, éventuellement sous la forme d'une liste nominative), des obligations annexes comme de destruction de fichiers ou de documents, la sanction de la divulgation interdite.

## **II. – Les accords de préférence**

<sup>99</sup> Issus de la pratique, les accords, clauses, pactes de préférence sont une figure contractuelle largement usitée (209). Ce faisant c'est, comme d'ailleurs pour les contrats de promesse, vers la jurisprudence qu'il convient de se tourner pour tenter d'envisager une définition ou une description de ce contrat (210).

### **A. – Validité et efficacité du l'accord de préférence**

<sup>100</sup> La définition la plus consentuelle décrit le contrat de préférence comme un contrat qui crée une forme de réservation contractuelle, un priorité sur un contrat à conclure. En général, il s'agit de la situation dans laquelle une personne qui souhaite conclure un contrat, conclut un contrat avec le partenaire envisagé, un contrat, de préférence, par lequel il est prévu que si ce dernier conclut le contrat envisagé, alors il devra réserver son offre, sa proposition au bénéficiaire de préférence. Ce contrat est ainsi souvent utilisé pour préparer une vente, vente d'immeuble, de fonds de commerce ou de titres sociaux : le promettant, réserve à son partenaire, le bénéficiaire, la priorité de l'offre de conclusion d'un contrat futur et déterminé, pour le cas où il déciderait de le conclure.

Ce dont il résulte que le contrat de préférence est un contrat de la négociation dont le succès est très incertain puisqu'il dépend à la fois de la volonté du promettant, qui déclenche le

---

209 V. J.-P. Désidéri, *La préférence dans les relations contractuelles*, PUAM, 1998.

210 Comp. cependant, Avant-projet « Catala », art. 1106-1.

mécanisme de préférence, et de celle du bénéficiaire qui conserve sa liberté de conclure ou non le contrat objet de la préférence.

En outre, le fait que la volonté de conclure le contrat n'existe pas nécessairement chez le débiteur de préférence, dénommé promettant, distingue nettement ce type d'accord des promesses de contracter.

On rapproche parfois le contrat de préférence des mécanismes de préemption : le contrat de préférence serait ainsi un mécanisme conventionnel assurant un droit de préemption, assurant au bénéficiaire la possibilité de conclure le contrat aux mêmes conditions que celles établies dans un contrat projeté avec un tiers. Ce cousinage suppose cependant que l'on envisage que le projet de contrat de préférence avec le tiers préexiste au mécanisme de préférence-préemption. C'est souvent le cas dans des mécanismes de préférence de sauvegarde. Par exemple, dans un contrat de distribution, l'une des parties, la tête de réseau, peut insérer une formule de préférence ayant pour objet le fonds de commerce ou les titres sociaux de l'associé principal de la société exploitante, et visant à lui assurer la faculté de conclure le contrat *à la place* du tiers choisi par le promettant, et aux mêmes conditions (211). Dans cette situation, la formule est effectivement une formule de préemption conventionnelle : les parties au mécanisme de préemption ont conclu un contrat et le bénéficiaire dispose alors de la faculté de « préempter » l'objet de ce contrat, en réalité la « position contractuelle » du tiers, aux mêmes conditions. La formule contractuelle est alors assez voisine de celles qui sont organisées par exemple en droit des sociétés, dans les SARL notamment.

Très souvent cependant, les mécanismes de préférence sont organisés indépendamment de ce souci de sauvegarder un fonds de commerce ou des titres sociaux : le contrat de préférence est alors conclu indépendamment de ce type de souci, le promettant ne sachant pas s'il va même conclure le contrat objet de la préférence et le contrat de préférence se contentant alors d'organiser la priorité de l'offre qu'il pourrait formuler. Ces deux

---

211 A. Van de Wynckele-Bazela, Pacte de préférence et contrat de franchise, D. 2004, p. 2487.

situations sont alors finalement assez distinctes et méritent des rédactions différentes, quitte à présenter dans le contrat, un mécanisme de préférence et un mécanisme de préemption.

On trouve alors ces contrats de préférence dans toute une série de relations ou de situations : en droit immobilier, avec la figure envahissante du *pacte de préférence*, en droit des sociétés, notamment dans les hypothèses où la loi ne prévoit pas un tel mécanisme (212), dans les relations de travail, en droit de la propriété littéraire et artistique, qui connaît d'ailleurs une règle particulière de validité de ces formules (CPI, art. L. 132-4), qui les limite à cinq œuvres futures ou cinq ans dans les contrats d'édition, ou encore dans les contrats de distribution.

Il reste que la doctrine est plutôt partagée quant à la définition du pacte de préférence : certains n'y voient rien d'autre qu'une promesse unilatérale d'achat ce qui avait pour objectif de traiter la question de la publicité, obligatoire ou facultative, de la publicité foncière lorsqu'un pacte porte sur un immeuble, ou bien un contrat ayant pour objet une obligation de ne pas conclure un contrat déterminé avec un tiers (213) alors qu'on peut y voir, très simplement, un contrat ayant pour objet de fonder une priorité contractuelle, une priorité de l'offre, dans le cas d'un contrat de préférence « ordinaire », ou de déterminer un mécanisme de substitution, dans le cas d'un contrat de préemption.

101 La **validité** de ces accords ne pose, en règle générale pas de difficulté, sinon sur le fondement quelques règles spéciales. C'est le cas par exemple de l'article 132-4 CPI, déjà envisagé pour les clauses de préférence pour les œuvres futures d'un auteur s'engageant dans un contrat d'édition : « *est licite la stipulation par laquelle l'auteur s'engage à accorder un droit de préférence à un éditeur pour l'édition de ses œuvres futures de genres nettement déterminés (...). Ce droit*

---

212 Cf. Cass. com., 7 mars 1989, n° 87-17212, D. 1989, p. 231, concl. M. Jéol, JCP G 1989, II, 21316, note Y. Reinhard, Cass. com., 7 janv. 2004, n° 00-11692, Bull. Joly Sociétés 2004, p. 544, note P. Le Cannu (mécanisme inséré dans un pacte extra-statutaire, Cass. com., 15 févr. 1994, n° 92-12330 (mécanisme inclus dans les statuts).

213 Cf. B. Fages (dir.), Droit du contrat, Lamy, n°120-3.

*est limité pour chaque genre à cinq ouvrages nouveaux à compter du jour de la signature du contrat d'édition conclu pour la première œuvre ou à la production de l'auteur réalisée dans un délai de cinq années à compter du même jour».*

En revanche, les règles du droit de la concurrence pourraient considérer un tel contrat, qui assure une forme de priorité, comme une pratique anticoncurrentielle. Ce fut par exemple longtemps la menace pesant sur des formules conventionnelles comme les *clauses d'offre concurrente, de premier refus ou du client le plus favorisé*, à la suite d'une décision rendue en 1995 à propos d'un contrat conclu avec une société d'affichage (214). Depuis les clauses du client le plus favorisé, qui assure à son bénéficiaire un alignement automatique sur les tarifs préférentiels accordés par le promettant à un tiers sont strictement prohibée (C. com., art. L. 442-6, II, d) : « *Sont nuls les clauses ou contrats prévoyant pour un producteur, un commerçant, un industriel ou une personne immatriculée au répertoire des métiers, la possibilité : d) De bénéficier automatiquement des conditions plus favorables consenties aux entreprises concurrentes par le cocontractant* ». Enfin, l'Autorité de la concurrence a rendu en 2010, un avis, considéré comme très important quand bien même il ne s'agirait que d'un avis, stigmatisant notamment les formules de préemption dans les contrats *d'affiliation*, ces contrats de la grande distribution conclus entre un affilié et une enseigne de la grande distribution (cf. infra, n° ).

En revanche, la validité du contrat de préférence n'est pas affectée par le fait que le **prix** du contrat objet de la préférence ne soit pas déterminé (215), ce qui s'explique aisément, dans la mesure où le contrat objet de la préférence ne sera pas automatiquement conclu du seul fait de la réalisation du pacte.

---

214 Cf. déc. Cons. conc., n°95-D-39, 30 mai 1995, D. 1996, somm., p. 179, obs. C. Gavalda et Cl. Lucas de Leyssac.

215 Cass. civ. 1ère, 6 juin 2001, no 98-20673, Bull. civ. I, no 166, JCP G 2002, I, 134, obs. F. Labarthe F., RTD civ. 2002, p. 88, obs. J. Mestre et B. Fages, RTD civ. 2002, p. 115, obs. P.-Y. Gautier : « *il n'est pas dans la nature du pacte de préférence de prédéterminer le prix du contrat envisagé et qui ne sera conclu, ultérieurement, que s'il advient que le promettant en décide ainsi* » ; Cass. civ. 3ème, 15 janv. 2003, n° 01-03700, Bull. civ. III, n° 9, JCP G 2003, 10129, note E. Fischer-Achoura, D. 2003, p. 1190, note H. Kenfack.



Dans la figure classique du pacte de préférence porte sur une vente d'une chose où le promettant assure qu'il réservera ses offres futures au bénéficiaire, et il est donc possible que le pacte de préférence n'identifie pas un prix, même si cette liberté laissé au promettant n'est guère prudente ; cette dernière peut conduire au contraire à spécifier au contraire des situations particulières, voire un prix. Dans les cas où l'accord de préférence s'analyse comme une formule de préemption, le bénéficiaire de la préférence dispose simplement de la faculté de se substituer au contrat conclu avec le tiers, aux conditions posées par ce contrat, prix compris : il est alors inutile de spécifier un prix particulier.

102 L'**efficacité** de ce type d'accords dépend pour l'essentiel de sa rédaction et notamment de celle de son objet, l'objet de la préférence, mais également de son opposabilité, notamment lorsque le contrat porte sur un immeuble (216).

Important alors le contenu et les modalités du contrat envisagé par l'accord de préférence, c'est-à-dire tout à la fois la *nature du contrat* et, si besoin, la chose qui en est l'objet, essentiellement de manière à ce que la préférence consentie ne conduise pas à immobiliser de manière trop importante le contractant ou la chose objet de la préférence. Par exemple, la jurisprudence considère qu'un pacte portant sur un type de contrat ne joue pas dès lors que le contrat conclu avec le tiers est un autre type de contrat, par exemple un pacte portant sur une éventuelle vente alors que le contrat conclu avec le tiers est une donation (217), un échange (218), une constitution d'usufruit (219), un bail (220), une adjudication (221) ou un apport en

---

216 D. Mainguy, *Contrats, spéciaux*, Dalloz, 9<sup>ème</sup> éd. 2012, n°81s.

217 Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 18 oct. 1983, n° 82-11.687, *Gaz. Pal.* 1983. Pan. 80 ; Cass. civ. 2<sup>e</sup> 21 janv. 1999, n° 96-22294.

218 Cass. soc., 13 mai 1949, *D.* 1949. J. 477, note R. Savatier ; Cass. com. 7 mars 1989, n° 87-17.212, *Bull. civ.* IV, n° 79, p. 52, *JCP* 1989. II. 21316, concl. M. Jéol, note Y. Reinhard.

219 Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 5 mars 1970, n° 67-12.398, *Bull. civ.* III, n° 178, p. 133.

220 Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 1<sup>er</sup> avr. 1992, n° 90-16.985, *Bull. civ.* III, n° 116, p. 71 ; Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 10 mai 1984, n° 82-17.079, *Bull. civ.* III, n° 96, p. 77, *RD imm.* 1985. 74, note Ph. Malinvaud et B. Boubli, *JCP* 1985. II. 20328, note

société (222) ou un traité de fusion de sociétés (223), ou bien encore lorsque la préférence porte sur une chose déterminée sans s'étendre à d'autres (224).

Pour éviter donc de mauvaises surprises au bénéficiaire et le fait que le contrat conclu porte sur un autre objet que celui spécifié dans l'accord de préférence, il est donc prudent d'envisager toutes les situations juridiques et matérielles dans lesquelles le pacte à vocation à jouer, qu'il s'agisse d'un pacte de préférence classique ou d'un pacte de préemption. Par exemple, le fait de spécifier que le bénéficiaire disposera d'un droit de préférence (ou de préemption) portant sur la cession du fonds de commerce de son contractant, est sans doute insuffisant si l'on imagine toute la gamme des possibilités offertes pour transférer tout ou partie de son entreprise, de manière alternative à une cession de fonds de commerce, à un tiers.

De même, la question de la durée de l'accord de préférence, ou plus exactement, de la préférence instituée par l'accord, importe. Au-delà de la spécificité de la règle de l'article L. 132-4

---

M. Dagot, Defrénois 1985. 33612, note Olivier, à propos d'un bail rural considéré comme une violation du bail.

221 Décisions contrastées : certaines décisions ont refusé que le droit de préférence soit mentionné dans le cahier des charges relatif à l'adjudication (Lyon, 22 nov. 1927, DP 1928. I. 151) ; d'autres ont admis qu'un dire du cahier des charges pouvait permettre au bénéficiaire de se substituer à l'adjudicataire (Nancy, 31 oct. 1928, DP 1929. II. 166, note H. Lalou, et sur pourvoi, Req. 6 janv. 1931, Gaz. Pal. 1931. 1. 471).

222 Paris, 27 juin 1949, D. 1949. J. 537 ; Cass. civ. 5 mars 1951, JCP 951. II. 6496, note L. Laurent (le pacte ne joue pas) ; Cass. com. 9 déc. 1974, n°73-13113, Bull. civ. IV, n° 323, p. 266, Cass. com., 15 déc. 2009, n°08-21037, Bull. Joly Sociétés 2010, p. 486, note D. Poracchia ; Cass. com., 17 mars 2009, n° 08-11.268, Bull. Joly Sociétés 2009, p. 847, note B. Saintourens. Comp. Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 31 janv. 2007, D. 2007. 1698, note D. Mainguy.

223 Cass. com. 9 nov. 2010, D. 2010. 2702, obs. A. Lienard, RTD civ. 2011. 139, obs. P.-Y. Gautier, Cass. com., 28 avr. 2004, n°00-15.003, RJDA 2004, n° 983.

224 Cass. com., 15 sept. 2009, n°08-11.627, RTD com. 2010, p. 159, obs. B. Dondero, pour la cession des actions d'une société mère de celle dont les titres faisaient l'objet de la préférence, Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 15 déc. 1971, n°70-13755, Bull. civ. III, n° 635.

CPI, qui limite le droit de préférence prévu dans les contrats d'édition à cinq ouvrages à compter de la signature du contrat conclu pour la première œuvre, pour une durée de cinq années maximum, mais, également, dans une certaine mesure, dans les contrats de préférence insérés dans les relations de la grande distribution (Cf. infra, n° ), cette durée n'est pas une condition de validité de l'accord (225). Souvent la clause de préférence est insérée dans un accord plus vaste : elle emprunte sa durée à cet accord : dans un contrat de distribution par exemple, la préférence cesse de produire ses effets lorsque le contrat prend fin (226). En revanche, les parties peuvent parfaitement prévoir une durée particulière à la préférence, soit que la préférence soit instituée en un contrat autonome, soit qu'elle soit l'accessoire d'un autre contrat auquel cas la durée de la préférence peut être plus courte ou au contraire plus longue. Inversement, certains accords de préférence sont prévus pour une durée indéterminée, ce qui pose le problème de la prescription du droit de préférence qui en résulte : sous l'empire du droit de la prescription antérieur à la réforme, la Cour de cassation considérait que la prescription ne commençait de courir qu'à compter du jour où le mécanisme de préférence ne commence de jouer, à savoir lorsque l'offre de conclure le contrat ainsi préparé est adressée (227), ce dont il résulte que, depuis 2008, le droit personnel de préférence né de l'accord se prescrit, sans doute dans les mêmes conditions, par cinq ans. Autre est la question de l'efficacité de l'accord de préférence, dans la durée, notamment lorsque celui-ci est prévu pour une durée indéterminée et qu'une longue durée s'est

---

225Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 juin 2001, n°98-20673, Bull. civ. I, n°166, JCP G 2002, I, n° 134, obs. F. Labarthe, RTD civ. 2002, p. 88, obs. J. Mestre et B. Fages, RTD civ. 2002, p. 115, obs. P.-Y. Gautier. Adde : Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 15 janv. 2003, n°01-03700, Bull. civ. III, n°9, JCP G 2003, II, 10129, note E. Fischer-Achoura, D. 2003, p. 1190, note H. Kenfack.

226Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 21 déc. 1988, n°87-14943, JCP N 1989, II, p. 205, obs. M. Dagot : la clause insérée dans un bail qui se renouvelle ne reprend pas ses effets en raison de son caractère accessoire. Mais comp. : Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 16 juin 1999, n°97-16764, Bull. civ. III, n°142.

227Cass. civ.1<sup>ère</sup>, 22 déc. 1959, n°59-10037, Bull. civ. I, n° 558, JCP G 1960, II, 11494, note P. E., RTD civ. 1960, p. 323, obs. J. Carbonnier.

écoulée, du point de vue de l'éventuelle renonciation par le bénéficiaire au droit de préférence. C'est le cas notamment lorsque le bénéficiaire laisse se conclure le contrat se conclure avec le tiers (228). L'accord peut, bien au contraire, prévoir une durée maximale assurant au bénéficiaire la possibilité d'exercer la préférence instituée par l'accord. Dans tous les cas, il est bien clair qu'il convient de distinguer l'accord ou la clause de préférence, celui qui contient et institue le mécanisme de préférence choisi par les parties, et le déclenchement de la préférence proprement dite.

## B. – Effets du contrat de préférence

<sup>103</sup> Le mécanisme de la préférence institue un droit de priorité au profit de son bénéficiaire en fonction de la technique retenue. Ce droit de priorité s'analyse en un droit de créance, l'obligation pour le promettant de réserver son offre au bénéficiaire et, implicitement, de ne pas offrir ce bien à la vente à un tiers sans l'avoir préalablement présentée au bénéficiaire.

Celui-ci dispose donc d'un simple droit de créance contre le promettant, qui peut d'ailleurs faire l'objet d'une cession pour autant que le pacte de préférence ne soit pas affecté d'un *intuitus personae*(229), ou bien d'un mécanisme de substitution, assez classique au demeurant.

Il en résulte surtout que le promettant doit, avant que d'envisager de retrouver sa liberté, soit pour conclure le contrat

---

228 Cass. civ. 3<sup>e</sup>ème, 3 nov. 2011, n° 10-20297, RJDA 2012, n°139. V. cependant : Cass. civ.3<sup>e</sup>, 14 déc. 2011, n°10-18105, RJDA 2012, n°386.

229 Cf. Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 4 janv. 1995, Defrénois 1996. 36100, note Ph. Delebecque. V. cependant, en cas de procédure collective : Cass. com., 13 févr. 2007, n° 05-17296, Bull. civ. IV, n°38, RTD civ. 2007, p. 332, obs. J. Mestre et B. Fages : « attendu que le pacte de préférence constituant une créance de nature personnelle, la cession du contrat de bail ordonnée par le jugement arrêtant le plan de cession du preneur mis en redressement judiciaire n'emporte pas transmission au profit du cessionnaire du pacte de préférence inclus dans ce bail ». Une telle solution ne signifie pas, évidemment, que le pacte de préférence perd toute efficacité en cas de procédure collective.

avec un tiers, « purger » le droit de préférence (230).

Lorsque l'accord est envisagé comme un contrat de préférence de type « classique » il institue un droit au profit du bénéficiaire, celui d'être préféré avant tout autre à partir du moment où le débiteur de préférence, le promettant, aura décidé de réaliser son objet, vendre, louer, conclure un autre contrat. Ce droit de préférence naît dès la conclusion du pacte mais il ne sera exercé que lorsque le promettant émettra son offre ou en recevra une d'un tiers.

Il en résulte, en corollaire, que le promettant doit pendant la durée d'efficacité du pacte de préférence s'abstenir de proposer à un tiers l'offre dont il a réservé la primeur au bénéficiaire. De même, il doit, dès qu'il émet une offre ou qu'il en reçoit une, proposer immédiatement cette offre au bénéficiaire.

Lorsque l'accord met en œuvre un mécanisme de préemption contractuelle, la solution est légèrement différente. Les régimes légaux organisant des droits de préemption au profit de personnes publiques ou de particuliers, organisent des techniques d'information obligatoire reposant souvent sur une « *déclaration d'intention d'aliéner* » souvent établie par les notaires, qu'une clause pourrait adapter dans le pacte de préférence. La mesure de l'efficacité conventionnelle de ce type de mécanisme est plus délicat. Il peut s'agir d'envisager une logique d'information du bénéficiaire, sous la forme d'une telle « *déclaration d'aliéner* », notamment lorsque le mécanisme de préemption institue un droit de substitution au profit du bénéficiaire, sur le contrat que le promettant envisage de conclure, ou bien qu'il a effectivement conclu. Le pacte doit également envisager les suites de cette procédure et notamment la technique de substitution.

L'efficacité de l'accord de préférence se mesure en effet moins à l'aune du principe de la préférence instituée qu'à celle des techniques conventionnelles retenues et leur précision.

104 L'autorité du pacte de préférence et, donc, son efficacité, se

---

230 Inversement, si le bénéficiaire ne se déclare pas intéressé, le promettant peut vendre librement la chose objet du pacte de préférence : Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 29 janv. 2003, Bull. civ. III, n° 24.

mesure également à l'aune de son opposabilité à l'égard des tiers et du bénéficiaire. Les principales situations litigieuses sont en effet celles dans lesquelles le promettant ne respecte pas l'accord, soit qu'il renonce à sa volonté de conclure le contrat, soit qu'il conclut le contrat avec un tiers, très certainement parce que le tiers a proposé des conditions plus intéressantes que le bénéficiaire, ou pour toute autre raison d'ailleurs. La question est alors de savoir quelles sont les sanctions imposées au promettant d'un pacte de préférence qui n'aurait pas respecté le droit de préférence du bénéficiaire.

Or, force est d'observer que cette efficacité n'est pas parfaite. Ainsi, pour un pacte de préférence portant sur des actions de sociétés, l'existence d'un tel pacte de préférence n'entrave pas la cessibilité des actions, dans la mesure où le pacte de préférence ne constitue pas une restriction au droit de disposer de ces actions (231). La vente du bien objet du pacte de préférence au mépris du pacte de préférence est donc possible sinon valable.

Si le promettant n'exécute pas correctement son obligation, le promettant engage sa responsabilité contractuelle. L'obligation est, cependant, strictement observée : la préférence ne joue que pour les actes visés dans le pacte de préférence.

La principale difficulté demeure, comme pour la promesse, celle de *l'exécution forcée du pacte de préférence*.

Imposer l'exécution forcée en nature supposerait de contraindre à l'exécution de l'obligation de présenter une offre au bénéficiaire, dans les conditions prévues ou bien, si le promettant a cédé la chose objet du pacte à un tiers, de remettre en cause le contrat, situation autrement plus délicate.

L'exécution forcée du pacte supposerait d'une part que le bénéficiaire obtienne l'annulation du contrat conclu avec le tiers, en pratique une vente le plus souvent et, d'autre part, que le juge ordonne l'exécution forcée de la relation avec le bénéficiaire.

La jurisprudence distingue selon que le tiers ignorait ou connaissait l'existence du pacte de préférence.

Dans le premier cas, le tiers est considéré comme de « bonne foi », ce qui ne signifie pas grand-chose sinon que le tiers est dans

---

231 Cass. com 26 avril 1994, Les Petites affiches 12 février 1996 n° 19, p.9.

une situation où il a conclu le contrat dans l'ignorance de la situation du bénéficiaire. Le contrat de préférence est en effet une convention inopposable au tiers, selon la règle de l'article 1165 du Code civil ; par conséquent, le bénéficiaire peut simplement demander les dommages et intérêts au promettant et point au tiers (232).

Dans le second cas en revanche, le tiers est considéré comme de « mauvaise foi ». Le contrat, la vente, conclu entre le promettant et le tiers peut alors être annulé si deux conditions, particulièrement difficiles à rassembler sont réunies, d'une part le fait que le tiers connaissait l'existence de l'accord et d'autre part l'intention du bénéficiaire de se prévaloir du pacte, ce qui suppose, pour le bénéficiaire, de démontrer, ce qui paraît bien difficile, ces deux éléments. Dans cette situation, une fraude aux droits du tiers peut alors être reprochée au tiers par le bénéficiaire pour obtenir l'annulation du contrat conclu avec ce tiers (233). Cette solution présente l'avantage d'une part de déterminer une solution dans l'hypothèse d'une fraude entretenue contre les droits du bénéficiaire et d'être suffisamment difficile à mettre en œuvre pour respecter les accords conclus. Demeure, en effet, la question des suites de l'annulation du contrat conclu avec le tiers en contravention des termes du pacte. Le bénéficiaire peut-il être substitué au tiers alors que le promettant, en traitant avec ce tiers, a manifestement fait état de son refus de contracter avec le bénéficiaire ? C'est une question difficile car cette substitution constituerait une sanction en nature de l'obligation violée. La jurisprudence ne l'admettait cependant qu'avec beaucoup de prudence (234) jusqu'à un arrêt

---

232 Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 24 mars 1999, RJDA 1999. 536.

233 Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 26 oct. 1982, Bull. civ. III, n°208 ; Cass. com. 7 mars 1989, D. 1989. 231, concl. M. Jéol, JCP 1989. II. 21316, concl. M. Jéol et note Y. Reinhard. Contra : Cass. com., 27 mai 1986, n°85-10006 (sur le fondement de l'article 1583 C. civ.), Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 30 avr. 1997, n°95-17598, JCP G 1997, II, 22963, note B. Thullier, D. 1997, p. 475, note D. Mazeaud (art. 1142 C. civ.), Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 10 juill. 2002, n°00-13669, RTD civ. 2003, p. 107, obs. P.-Y. Gautier. (art. 1143 C. civ.).

234 Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 26 oct. 1982, préc. mais contra, Com. 7 mars 1989, préc. cf. Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 30 avr. 1997, préc. ; mais à nouveau, Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 10 févr.

important du 26 mai 2006 (235) qui a décidé que : « *si le bénéficiaire d'un pacte de préférence est en droit d'exiger l'annulation du contrat passé avec un tiers en méconnaissance de ses droits et d'obtenir sa substitution à l'acquéreur, c'est à la condition que ce tiers ait eu connaissance, lorsqu'il a contracté, de l'existence du pacte de préférence et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir* ». Même si, en l'espèce, les conditions n'étaient pas rapportées, il en résulte donc que la Cour de cassation prend acte de la possibilité de prononcer l'annulation et la substitution du bénéficiaire à la place du tiers contractant, malgré bien des critiques sur cette solution qui, au final, nie l'indépendance du pacte de préférence, et peut-être de tous les contrats préparatoires. Depuis, la Cour de cassation a pu appliquer cette solution de manière efficace en 2007 (236) avant de considérer que la connaissance de l'existence du pacte de préférence s'apprécie au moment de la formation du contrat tiers (237) et que, en toute hypothèse, c'est au bénéficiaire de faire la preuve que les éléments nécessaires à l'annulation et à la substitution

---

1999, RJDA 1999, n°392, censurant l'arrêt d'appel qui avait annulé la vente « sans rechercher si l'acheteur avait eu connaissance de l'intention du titulaire à faire usage de son droit » et v. Ch. Atias, La substitution judiciaire du bénéficiaire d'un pacte de préférence à l'acquéreur de mauvaise foi, D. 1998. Chron. 203.

235 Cass. Ch. mixte, 26 mai 2006, D. 2006. 1864, note D. Mainguy, 1861, note P.-Y. Gautier, JCP G 2006, I, 176, obs. F. Labarthe, RDC 2006, p. 1080, obs. D. Mazeaud, RLDC 2006/30, n° 2165, note H. Kenfack, RTD civ. 2006, p. 550, obs. J. Mestre J. et B. Fages.

236 Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 14 févr. 2007, RDC 2007. 701, obs. D. Mazeaud, Defrénois 2007. 1048, obs. R. Libchaber, retenant au contraire les preuves rapportées, tant de la connaissance du pacte de l'intention de l'exercer. Adde. H. Kenfack, « Le renforcement de la rigueur du pacte de préférence », Defrénois 2007. 38621 ; Civ. 3<sup>e</sup>, 3 nov. 2011, CCC 2012. 60 ; Cass. com., 7 janv. 2004, n° 00-11692, Bull. Joly Sociétés 2004, p. 544, note P. Le Cannu. Hypothèses rejetées au contraire : Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 14 déc. 2011, n°10-18105, RJDA 2012, n°386 ; Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 31 janv. 2007, D. 2007. 1698. note D. Mainguy ; Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 29 juin 2010, n°09-68110, RDC 2011. 30, obs. E. Savaux.

237 Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 25 mars 2009, RDC 2009. 991, obs. Y-M. Laithier. En revanche le tiers ne commet aucune faute en n'interrogeant pas le bénéficiaire sur son intention d'exercer son pacte de préférence : Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 29 juin 2010, préc.



sont rassemblées, et non au tiers à qui on ne peut reprocher de n’avoir pas vérifié la situation d’un éventuel bénéficiaire et de ses intentions (238).

<sup>105</sup> Dès lors, la sanction de la violation d’un pacte de préférence, consiste simplement en l’allocation de dommages et intérêts au créancier de préférence (239). Le bénéficiaire ne peut donc réclamer l’exécution forcée du contrat et imposer la conclusion forcée du contrat avec lui, en vertu du principe de l’effet relatif du contrat selon lequel le pacte de préférence n’est pas opposable au tiers (240).

### III. – Les accords de promesse

<sup>106</sup> Les accords de promesse sont des contrats qui sont simplement évoqués, et encore partiellement, par l’article 1589 du Code civil. Autant dire que ces accords sont, comme les accords de négociation et les accords de préférence, des accords qui quoique très usités ne connaissent pas de régime supplétif légal, mais simplement jurisprudentiels. Nés de la pratique notariale, ce sont des formules qui s’imposent, en pratique, comme techniques de préparation de bien des contrats, notamment lorsque l’un des deux est presque certain de conclure le contrat préparé.

Elles peuvent être décrites comme des contrats qui ont pour objet de créer à la charge soit de l’une (promesse unilatérale), soit des deux parties (promesse synallagmatique) la « promesse » de conclure un contrat déterminé dans sa nature et son contenu.

Comme pour les accords de préférence, l’objet de ces

---

238Cass. civ. 3ème, 29 juin 2010 préc.

239Cass. civ. 3ème, 30 avril 1997, D.1997. 475. V. aussi D. Mazeaud, La responsabilité du fait de la violation d’un pacte de préférence, Gaz. Pal. 3 février 1994, doctrine p.210.

240Cf. Cass. civ. 3ème 24 mars 1999, RJDA 1999, n°536 : la bonne du tiers fait obstacle à l’élargissement de l’action en dommages et intérêts – légitime contre le promettant – à ce tiers. Sur la responsabilité du conseil : Cass. civ. 1ère, 11 juill. 2006, n° 03-18528, Bull. civ. I, n°389, D. 2006, p. 2510, note P.-Y.Gautier, JCP G 2006, II, 10191, note M. Mekki.

promesses peut être n'importe quel contrat à préparer, même si l'essentiel des difficultés est concentré sur la préparation de contrats de vente d'immeubles ou de cession de titres ou de fonds de commerce.

L'une des difficultés de la matière tient au fait que, sans doute du fait de l'utilisation majeure de ces contrats, et de leur description par la doctrine, existe, parfois, une différence entre la description, et le régime promis, proposée par la doctrine, et le régime réel que la jurisprudence a forgé, à travers le traitement du retrait, par le promettant d'une promesse unilatérale de contracter, avant que le bénéficiaire n'ait levé l'option, impliquant une description en corrélation avec le régime ainsi déterminé (241).

## **A. – Les promesses unilatérales de contracter**

### **1. – Définition et domaine de la promesse unilatérale de contracter**

107 Parmi les avant-contrats, la promesse unilatérale de contrat dite aussi contrat d'option (242) tient une place particulière et représente une forme très élaborée de contrat préparatoire dont le modèle est, lui-même, la promesse unilatérale de vente.

La promesse unilatérale de contrat est l'accord par lequel convenu l'une des parties, le promettant, promet à l'égard de l'autre, le bénéficiaire, de conclure, si celle-ci lève une « option » résultant de la promesse avant l'expiration d'un délai déterminé, un contrat dont les éléments sont d'ores et déjà définis dans l'accord : seul le promettant promet. Le bénéficiaire demeure libre de conclure le contrat objet de la promesse, ce que « l'option » traduit (243) : dans les promesses synallagmatiques de contracter, au contraire, les deux parties promettent réciproquement de conclure le contrat promis.

---

241 Comp. D. Mainguy, A propos de « l'affaire de la rétractation de la promesse de vente », JCP, éd. G, 2012, 808 ; La rétractation par le promettant de la promesse de contracter, RTD civ. 2004, p. 1.

242F. Bénac-Schmidt, Le contrat de promesse unilatérale de vente, *Bibl.dr.priv.* t. 77, LGDJ, 1983 ; M. Bruschi, Les promesses unilatérales de contrat, Lamy, *Droit des contrats*, sous la dir. de B. Fages, n°125 s ; I. Najjar, Le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral, 1967 ; J. Schmidt-Szalewski, Vente, Promesse unilatérale de vente, *Jur-Class. Civ.*, art.1589, fasc. 80 ; R.-N. Schütz, L'exécution des promesses de vente, *Defrénois* 1999.833.

243 Comp. Cass. civ. 3ème, 23 janv. 1991, n°89-10489, *Bull. civ.* III, n39, D. 1992, p. 457, note I. Najjar.

Par ailleurs, le terme « *unilatéral* » identifie le fait qu'une seule des parties est engagée à promettre, à la différence de la promesse synallagmatique, est source de confusion. Une chose est de savoir si l'une seulement ou si les deux parties sont obligées à promettre, une autre d'observer la nature du contrat qui supporte cette promesse. Si une seule partie à l'accord, le promettant, est obligé par la promesse unilatérale, le contrat de promesse est alors un contrat unilatéral de promesse unilatérale ; inversement, lorsque les deux parties à la promesse unilatérale sont obligées, le promettant promet et le bénéficiaire doit payer un prix, une indemnité d'immobilisation, il s'agit d'un contrat synallagmatique de promesse unilatérale.

108 La promesse unilatérale de contracter se distingue en principe d'une offre de contracter car elle constitue un véritable contrat et non une simple sollicitation. Avant même la conclusion du contrat, le bénéficiaire de la promesse est placé dans une relation juridique de nature contractuelle avec le promettant, ce qui n'est pas le cas entre l'offrant et le destinataire de l'offre. Il demeure cependant de nombreux éléments de rapprochements. Ainsi, le promettant émet par la promesse un accord de volonté qui n'attend plus que celle du bénéficiaire, par la levée de l'option, comme dans l'hypothèse de la rencontre de l'offre et de l'acceptation. Simplement, dans la promesse, l'occurrence de cette rencontre est organisée par le contrat. Par ailleurs, le régime de la promesse unilatérale a été, depuis 1993, précisé par la jurisprudence en un sens dont ses détracteurs considèrent qu'elle tend à rapprocher le régime du contrat de promesse unilatérale de celui de l'offre (cf. infra), en ne considérant pas que l'engagement du promettant est ferme et irrévocable, tel qu'il paraissait être avant 1993.

109 La promesse unilatérale de contracter est en outre un contrat d'une grande banalité qui se rencontre à l'occasion de la préparation de toutes sortes de contrat : de vente d'immeubles ou d'actions – ou d'achat –, de bail, de société, de prêt, d'hypothèque, notamment. Il est clair cependant que les promesses unilatérales de vente sont les plus importantes, même si on rencontre d'autres formules.

110 Ainsi en est-il des *promesses unilatérales d'achat* : le promettant, l'acheteur, s'engage à acheter le bien, réservant au vendeur, le bénéficiaire de la promesse, le choix de lever ou non l'option de vente. Par exemple, le contrat de *buy-back* est un contrat de vente

sur lequel s'agrège une promesse unilatérale d'achat (244) : à titre promotionnel, le vendeur d'un bien s'engage à racheter ce même bien d'occasion, plus tard, si l'acheteur l'accepte c'est-à-dire s'il lève l'option et – surtout – s'il acquiert un autre bien, neuf, en remplacement. De même, on rencontre des promesses unilatérales d'achat dans certains contrats financiers comme le contrat de portage (245) dans lesquels une personne remet à un financier des titres et promet de les lui racheter ou bien charge un financier d'acheter des titres d'une société et promet de les lui acheter et, plus généralement à l'occasion d'opérations par lesquelles une personne cherche à prendre le contrôle d'une société (246).

La *promesse de société*, qui peut être aussi bien unilatérale que synallagmatique, est également rencontrée lorsque certains éléments de la société à constituer ne sont pas encore définis (247). L'une des difficultés est de savoir si la promesse – parfois aussi appelée protocole – pourrait poursuivre ses effets après la constitution de la société. La jurisprudence, rare, ne l'admet pas en raison de la contradiction entre cet objectif et le principe selon lequel les statuts sont modifiables à tout moment, faisant de la promesse qui se poursuit un engagement extracontractuel annulable (248).

On trouve également, en droit du travail, la formule de la *promesse d'embauche*. L'employeur désireux de retenir la candidature d'un salarié lui adressera une promesse d'embauche, dernière étape de la négociation avant la formation du lien contractuel. La promesse unilatérale – éventuellement synallagmatique – d'embauche « est la convention par laquelle un individu, le promettant, qui peut être l'employeur ou le salarié, s'engage envers un autre, le

---

244 Cf. G. Raymond, *Analyse juridique du "buy back"*, JCP, 1992, I, 3564.

245 Cf. P. Soumrani, *Le portage d'actions*, Bibl. dr. priv. t.260, Préf. B. Oppetit, LGDJ, 1996; F.-X. Lucas, *Les transferts temporaires de titres*, LGDJ, 1998.

246 Cf. Cass. com. 18 juillet 1989, Bull. joly, 1989.822, obs. J.-C. Bacrot et P. Berger ; Cass. com. 17 octobre 1995, Bull. joly, 1996.33, obs. A. Couret.

247 Cf. Cass. com. 28 avril 1987, Rev. soc. 1988.59, note F. Bénac-Schmidt.

248 Cf. Cass. com. 24 février 1987, D. 1987.599 note A. Honorat, Bull. Joly, 1987.213, note P. Le Cannu.

*bénéficiaire, et si celui-ci lui demande dans un certain délai à conclure un contrat de travail dont les conditions sont dès à présent suffisamment déterminées* » (249). La promesse d'embauche suit le régime général des promesses de contrat avec quelques différences tenant à la qualité des contractants. Ainsi, la promesse d'embauche peut engager l'employeur si elle est ferme, adressée à une personne désignée et précise l'emploi proposé, la rémunération et, éventuellement, la date et le lieu d'entrée en fonction. Par ailleurs, et de façon classique, en cas de retrait de la promesse, celui qui subi ce retrait peut demander réparation. En cas de rétractation de l'employeur, la jurisprudence ne semble guère fixée sur la qualification de la réparation qu'il convient d'octroyer à la partie lésée. Certaines décisions accordent au salarié des dommages et intérêts (250), d'autres condamnent, en outre, l'employeur à verser une indemnité de préavis, peu important à cet égard que la prise de fonctions de salarié ne fût pas encore intervenue (251), solution ambiguë car elle semble présupposer que le contrat de travail avait été formé, solution peu conforme avec les traits généraux du régime de la promesse unilatérale. Pareillement, la rétractation tardive du salarié, pourrait l'amener à devoir verser des dommages et intérêts à l'employeur (252). Certains observent alors que les effets sont les mêmes qu'il s'agisse d'une rupture d'une promesse d'embauche ou d'un contrat de travail. *« Dans l'une ou l'autre des hypothèses, il s'agit en effet de dédommager la partie lésée par le non-respect des obligations du débiteur. Le résultat sera identique que l'on se place dans le cadre de la rupture de l'avant-contrat pour laquelle les juges du fond sont souverains dans l'appréciation de l'étendue du préjudice ou dans celui d'un licenciement* » (253).

La *promesse de baile* est une hypothèse également rencontrée. Ce type de promesse ne soumet aux mêmes exigences que la promesse de contrat en général, par exemple le fait que la

---

249 D. Fabre, Les promesses d'embauche, in Les aspects juridiques du recrutement, Litec 1994.

250 Cass. Soc. 31 janvier 1983, BS F. Lefebvre 1983. 137, n°334.

251 Cass. Soc. 12 avril 1995, CSB 1995.203, S. 94.

252 Cass. Soc. 29 mars 1995, CSB 1995.203, S.93.

253 N. Hauser Costa, La promesse d'embauche, RJS 1997, p.338.

promesse doit contenir les éléments essentiels du bail (254). Par ailleurs, la promesse de bail est efficace au point que les juges du fond considèrent que le promettant peut être contraint à l'exécution en nature, c'est à dire à mettre la chose à la disposition du bénéficiaire (255). Ce type de promesse est cependant rarement accompagné de conditions (256), en raison de la plus grande sobriété des conditions de conclusion du bail.

Plus délicate est la question des *promesses de contrats réels* comme la promesse de prêt, la promesse de gage ou la promesse de dépôt. L'intérêt de telles promesses tient en effet à l'existence de la catégorie des contrats réels (257). Un contrat réel en effet n'est formé que par la remise de la chose. Dès lors, l'échange de consentement préalable ne peut identifier le contrat lui-même mais simplement une promesse de contracter et ses conséquences, l'admission ou le rejet d'une exécution forcée, en nature, en cas de refus pas le promettant de remettre la chose. Depuis 1998, la jurisprudence considère cependant que certains contrats de crédit soumis aux règles du crédit à la consommation (258) n'ont pas la nature de contrat réel, pas plus que « *les contrats de prêt conclu par un professionnel du crédit* » (259), en sorte que l'exécution forcée de ces contrats *consensuels* de prêt devient possible. Il demeure que ce contrat, comme tout autre, peut être préparé par une promesse de prêt, comme n'importe quel autre prêt ou ouverture de crédit.

## 2. – Validité et efficacité de la promesse unilatérale de contracter

---

254 Cass. civ. 3ème, 27 juin 1973, Bull. Civ. III, n°446, à propos du prix.

255 Cass. civ. 3 avril 1938, Dalloz Jurisprudence générale. V° Louage, n°80.

256 Cass. civ. 3ème, 18 mars 1998, Dr. et Pat. 1998, n°62, p.75, obs. P. Chauvel : le paiement d'un droit d'entrée auquel est subordonné la conclusion d'un bail commercial n'est pas une condition suspensive.

257 M.-N. Jobard-Bachelier, Existe-t-il encore des contrats réels ? RTD civ. 1985.62.

258 Cass. civ. 1ère, 27 mai 1998, Bull. civ. I, n°186, D. 1999.14, note M. Bruschi, , somm. 28, obs. M.-N. Jobard-Bachelier, Defrénois, 1999, art. 36921, note S. Piédelièvre.

259 Cass. civ. 1ère, 28 mars 2000, JCP 2000, II, 10296, conc. J. Sainte-Rose.

111 La promesse unilatérale de vente est, avant tout, un *contrat* de promesse de contracter supposant donc un consentement portant sur la promesse elle-même, de sorte que l'offre de conclure une promesse ne peut être considérée comme une promesse identifiant une option efficace (260).

En outre, comme tout contrat, le contrat de promesse est soumis à toutes les exigences du contrôle de la validité des contrats, l'absence de vices du consentement.

En termes de capacité, le contrat de promesse suppose que le promettant dispose de la capacité de conclure le contrat promis, vendre par exemple, laquelle est appréciée au jour de la promesse, dans la mesure où le contrat de promesse et tout le long de l'efficacité de celle-ci. Si cette capacité venait à s'altérer après la signature de la promesse, la validité de celle-ci ne pourrait pas être remise en cause (261). En revanche, la capacité du bénéficiaire à conclure le contrat définitif n'est appréciée qu'au moment de la levée de l'option (262). Selon la même logique, les éléments essentiels du contrat promis doivent être précisés, déterminés ou déterminable à peine de nullité du contrat, être licites, etc.

La promesse de vente est souvent assortie d'une ou plusieurs conditions suspensives. Dès lors, les règles de la promesse et de la condition se combinent : le bénéficiaire ne bénéficiera de l'option que si les conditions prévues sont remplies dans le délai imparti dans la promesse ; à défaut, la promesse est caduque.

112 Les conditions de fond de la promesse suffisent en principe, l'accord de promesse étant un contrat consensuel. En revanche, les contrats de promesse de vente sont soumis à une

---

260 Cass. civ. 3ème, 20 mars 1979, n° 77-15045. Comp. Pour une acceptation de l'offre de conclure un contrat de promesse et la levée de l'option concomitante : Cass. civ. 3è, 12 juill. 1976, n°74-15124, D. 1976, p. 657, note M. Poulvais ; Cass. civ. 3è, 14 nov. 1972, n°71-10425, Bull. civ. III, n°593.

261 V. Cass. civ., 3è 7 janv. 1982, n°80-14396, Gaz. Pal. 1982, 1, pan., p. 184 ; Cass. civ. 3è, 30 nov. 1971, n°70-12683, JCP G 1972, II, 17018.

262 Cass. civ., 24 octobre 1950, JCP.1951, IV.174.

règle fiscale, une condition de forme, très importante. Selon l'article 1589-2 du Code civil, qui a repris depuis 2006 les dispositions de l'article 1840 A du Code général des impôts, la promesse de vente doit, à peine de nullité absolue, être enregistrée dans les dix jours de sa formation, lorsqu'elle porte sur un immeuble ou sur un fonds de commerce à peine de nullité de la promesse (263). L'objectif poursuivi par ce texte était de lutter contre la fraude fiscale qui aurait consisté pour un intermédiaire à se faire consentir une promesse de vente occulte dont il céderait le bénéfice à un nouveau bénéficiaire. En fait, loin de réaliser cet objectif, ce texte a surtout été utilisé par le bénéficiaire de mauvaise foi qui, désireux de ne plus acheter, chercherait, par la sanction de la nullité absolue, à récupérer l'indemnité d'immobilisation qu'il aurait versée. C'est pourquoi la jurisprudence tendait parfois à interpréter de manière restrictive ce texte, par exemple à travers la qualification de promesse unilatérale, pour proposer celle de promesse synallagmatique, qui n'est pas visée par l'article 1589-2 du Code civil (264). En revanche, la promesse unilatérale de vente qui s'inscrit dans un ensemble contractuel plus vaste (265), ou bien dans un autre contrat particulier (266), échappe à l'obligation fiscale.

---

263 L'enregistrement doit survenir dans les dix jours de la conclusion de la promesse et non dans les dix jours de la levée de l'option : cf. Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 10 oct. 1968, Bull. civ. III, n°368, JCP 1969, II, 15910, obs. P.L. ; Cass. com. 6 janv. 1970, JCP 1970, II, 16240. V. aussi R. Savatier, Délai d'enregistrement des promesses de vente unilatérales et des cessions de ces promesses, RTD civ. 1971. p. 65.

264 Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 1<sup>er</sup> juill. 1998, JCP E 1999. 169, n°5, obs. Ph. Neau-Leduc.

265 Cass. com. 15 janv. 2002, Bull. civ. IV, n°12, Defrénois 2002. 765, note E. Savaux, RTD civ. 2002. p. 504, obs. J. Mestre et B. Fages, JCP E 2003, I, 543, obs. D. Mainguy, imposant cependant l'enregistrement des promesses et censurant l'arrêt d'appel qui avait jugé l'inverse et qui aurait dû rechercher « s'il existait un lien de dépendance nécessaire entre ces diverses obligations réciproques susceptibles de modifier les caractéristiques de la promesse de vente » ; Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 26 juin 2002, Defrénois 2003. 1261, note E. Savaux, RTD civ. 2003. p. 77, obs. J. Mestre et B. Fages, JCP E 2003, I, 543, obs. D. Mainguy ; Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 26 mars 2003, Bull. civ. III, n°71, D. 2003. p. 2241, note P. Lipinski, Defrénois 2003. p. 841, note E. Savaux ; Cass. Ass. plén., 24 févr. 2006, n°04-20525, RTD civ. 2006, p. 301, obs. J. Mestre et B. Fages, Cass. com. 22



Il reste cependant que l'exigence d'enregistrement posée par l'article 1589-2 du Code civil, même appliquée avec réserve par la jurisprudence (267) s'impose ; la sanction du défaut d'enregistrement est la nullité du contrat de promesse de vente, nullité absolue et donc insusceptible de confirmation (268) et qui s'étend à tout le contrat de promesse dans toutes ses composantes (269).

### 3. – Régime et effets de la promesse unilatérale de contracter

**113 Indemnité d'immobilisation.** Une promesse unilatérale de contracter est un contrat unilatéral ou synallagmatique, selon que le bénéficiaire s'oblige ou non à quelque chose. Ce peut être le plus souvent le versement d'une somme d'argent destinée à payer le prix de la réservation appelée « indemnité d'immobilisation » : la promesse est alors un contrat synallagmatique et à titre onéreux, un contrat synallagmatique de promesse unilatérale de contracter, souvent une promesse unilatérale de vente. Si le bénéficiaire lève l'option, le contrat est conclu et l'indemnité d'immobilisation s'impute sur le prix du contrat. Si, au contraire, le bénéficiaire ne lève pas l'option, il perd l'indemnité, le vendeur la conserve (270). L'indemnité

---

nov. 2005, Bull. civ. IV, n°234, pour des promesses croisées d'achat et de vente valant vente.

266 Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 3 nov. 1981, Bull. civ. III, n° 173, JCP 1982, II, 19867, note E.-M. Bey, RTD civ. 1982. p. 434, note Ph. Rémy (promesse insérée dans un contrat de crédit bail), Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 26 mars 2003, préc. (promesse de vente dans un contrat de transaction).

267 Cf. pour l'admission de la validité de la promesse reproduite dans un acte déposé au rang des minutes d'un notaire : Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 8 oct. 1975, n°74-12398, Bull. civ. III, n°288.

268 Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 7 juill. 1982, n°81-13361, Bull. civ. III, n°176, Gaz. Pal. 1983, 1, pan., p. 24, obs. J. Dupichot, Defrénois 1983, p. 330, note J.-L. Aubert ; Cass. civ., 3<sup>e</sup>, 3 févr. 1993, n°91-10274, Bull. civ. III, n°16 ; Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 14 déc. 1994, n°92-20633, Bull. civ. III, n°218.

269 Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 7 juill. 1982, n° 81-13361, Bull. civ. III, n°176.

270 Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 11 mai 2004, RDC 2004. 972, obs. F. Collart-Dutilleul, à propos d'une indemnité versée à titre de « dépôt de garantie ».

d'immobilisation n'est cependant ni une indemnité ni une indemnisation. Elle constitue un prix, celui de la réservation, la contrepartie de l'exclusivité consentie par que le promettant pendant la durée de l'option (271). Dès lors, la question de savoir si le montant de l'indemnité ne devrait pas être calculé au prorata de la durée de la réservation, en sorte que si le bénéficiaire renonce à acheter pendant le délai d'option, il pourrait récupérer une partie de l'indemnité (272) a été rejetée car l'indemnité d'immobilisation est bien le prix de la réservation, qui ne se découpe pas, et non une sorte de prix de location (273).

En outre, se pose la question de savoir si l'indemnité d'immobilisation doit être rapprochée d'institutions voisines telles que le dédit ou la clause pénale. Du dédit, l'indemnité se distingue en ce qu'elle est versée pour prix de la réservation et, donc, du temps accordé au bénéficiaire pour ne pas conclure définitivement la vente, ne pas acquérir. À l'inverse, le dédit permet au contractant d'un contrat déjà conclu de se dédire, en versant le dédit (274). De la clause pénale également, l'indemnité d'immobilisation diffère. L'intérêt du rapprochement est bien entendu la faculté de révision judiciaire de la clause pénale ouverte par les articles 1152, al. 2 et 1231 du Code civil. La clause pénale est, cependant, un mécanisme permettant la fixation conventionnelle de dommages et intérêts en cas d'inexécution d'une obligation alors que l'indemnité d'immobilisation n'a pas cette nature de sanction (275).

En revanche, le montant de l'indemnité d'immobilisation n'est pas sans incidence : plus le montant est élevé et plus le

---

271 Cass. com., 23 juin 1958, D. 1958, p. 581, note Ph. Malaurie. ; Paris, 19 mars 1981, RD imm. 1982, p. 110, note J.-Cl. Groslière et Ph. Jestaz.

272 Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 5 déc. 1984, préc.

273 Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 10 déc. 1986, JCP 1987. II. 20857, note G. Paisant ; Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 28 mars 1990, D. 1991. p. 187, note R. Cabrillac ; Cass. Civ 1<sup>ère</sup>, 5 déc. 1995, n°93-19874, Bull. civ. I, n°452, Defrénois 1996, p. 757, note D. Mazeaud.

274 L. Boyer, La clause de dédit, Mélanges P. Raynaud, Dalloz, 1985, p. 41.

275 Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 5 déc. 1984 (2 arrêts), D. 1985. 544, note F. Bénac-Schmidt ; JCP 1986. II. 20555, note G. Paisant ; RTD civ. 1985. 372, obs. J. Mestre ; 592, obs. Ph. Rémy.

bénéficiaire peut être considéré comme incité à acheter. La jurisprudence admettait depuis un arrêt du 20 novembre 1962 (276) que la promesse, unilatérale, pourrait alors devenir synallagmatique, en tout cas si le bénéficiaire ne conserve pas sa liberté de choix (277). On pourrait se demander, si le bénéficiaire refuse d'acquiescer, perdant l'indemnité, si celle-ci, qui apparaîtrait davantage comme une sanction, ne doit pas être qualifiée de clause pénale, éventuellement réductible. Pourtant la jurisprudence considérait que même si le bénéficiaire verse une indemnité d'éviction presque égale au prix de vente, la promesse demeure unilatérale si le bénéficiaire dispose toujours d'une réelle option (278). Il en résulte que l'existence d'une exigence de versement, quelle que soit son appellation (sauf à ce qu'il s'agisse d'une clause pénale), d'une somme d'argent en contrepartie de la conclusion d'une promesse a bien pour fonction de permettre de se dédire de son engagement et n'est pas, en tant que telle, une clause pénale ce qui permet de se demander, depuis un arrêt du 1<sup>er</sup> décembre 2010 (279), la jurisprudence n'est pas revenue sur sa solution de 1962.

**114 Effets de la promesse.** *La situation du bénéficiaire* est celle qui suscite le moins de difficulté. La promesse unilatérale est un contrat préparatoire à un contrat qui permet au bénéficiaire de disposer d'un délai pour décider s'il lève l'option ou non. Pendant toute la durée de la promesse de vente, promettant et

---

276 Cass. com. 20 nov. 1962, D. 1963. 3 ; Cass. com., 24 avr. 1972, n°71-10327, Bull. civ. IV, n°120, Cass. com. 13 févr. 1978, Bull. civ. IV, n°60 ; Cass. com., 25 avr. 1989, n°87-17281, Bull. civ. IV, n°136, Defrénois 1991, p. 198, note Y. Dagherne-Labbé. Adde : D. Mazeaud, *La révision de l'indemnité d'immobilisation ou la loi contractuelle à l'épreuve du protectionnisme des juges*, JCP N 1992, I, p. 113.

277 Cass. com., 8 nov. 1972, n°71-12459 et 71-12479, Bull. civ. IV, n°280, JCP G 1973, II, 17565, note B. Boccara.

278 Cass. com. 9 janv. 1991, D. 1991. 481, note G. Paisant, Cass. com. 18 janv. 2011, RDC 2011. 812, obs. Y.-M. Laithier, RTD civ. 2011. 122, obs. B. Fages.

279 Cass. civ.1<sup>e</sup>, 1<sup>er</sup> déc. 2010, RDC 2011. 420, obs. Y.-M. Laithier. Mais Comp. pour la considération en clause pénal et sa réduction : Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 24 sept. 2008, n°07-13989, RTD civ. 2008, p. 675, obs. B. Fages.

bénéficiaire se trouvent dans une situation d'attente, attente de la réalisation des conditions pour le bénéficiaire, attente de la levée de l'option pour le promettant, chacune demeure donc dans sa position contractuelle départ, le bénéficiaire ne peut pas considérer que les droits que le contrat promis est destiné à produire lui sont déjà acquis, par anticipation. Le bénéficiaire de la promesse dispose alors de la faculté d'opter à tout moment pendant la durée prévue par la promesse. Cette faculté, cette liberté ou ce droit d'option, est considéré par la jurisprudence comme de nature personnelle (280). Elle doit s'effectuer selon les modalités prévues dans le contrat ou à défaut par tout moyen efficace (281). En pratique l'efficacité de la levée de l'option est souvent associée, dans les promesses de vente, au paiement du prix, afin d'éviter que le promettant ne subisse le risque d'impécuniosité du bénéficiaire.

En effet, aucun transfert de propriété ne s'est réalisé, encore, à son profit, ce qui n'est pas sans conséquence dès lors que le promettant n'exécute pas son obligation. À défaut de lever l'option dans le délai prévu, qui pourrait d'ailleurs être prorogé (282), la promesse cesse de produire ses effets, certainement par caducité (283). Lorsque le délai est prévu pour une durée indéterminée, le contrat peut alors faire l'objet d'une rétractation

---

280 Cass. civ. 26 nov. 1935, *DP* 1936. 1. 37, rapp. Pilon. Adde : L. Boyer, « Les promesses synallagmatiques de vente », *RTD civ.* 1949. 1 ; I. Najjar, *Le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif*, LGDJ, 1967. V. ainsi Com. 7 juill. 1949, *Bull.* n° 279, : la créance du bénéficiaire est de nature mobilière même si le contrat définitif porte sur un droit réel immobilier mais *contra* Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 12 janv. 1994, *D.* 1995. p. 52, note F. Macorig-Venier, validant la conclusion par le bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente portant sur un immeuble d'un bail commercial avec un tiers car le bénéficiaire avait été placé « en possession réelle » et bénéficiait de ce fait, « d'un droit de caractère immobilier ».

281 Pour une levée d'option dans des conclusions d'avocat : Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 11 mai 2005, n°03-20669, *RTD civ.* 2006, p. 106, obs. J. Mestre et B. Fages.

282 Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 15 déc. 2004, n°03-14036, *Bull. civ.* III, n°245.

283 Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 8 oct. 2003, *CCC* 2004. 3, obs. L. Leveneur. Rien n'interdit au promettant de conclure tout de même le contrat : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 24 janv. 1995, n°92-17008 et 92-20569, *Bull. civ.* I, n°53, *D.* 1996, somm., p. 8, obs. G. Paisant.

unilatérale, ce qui devrait supposer que le promettant mette en demeure le bénéficiaire, en respectant un préavis, de lever l'option, dont le non respect, eu égard à la jurisprudence sur la rétractation de la promesse, ne devrait pas avoir beaucoup d'effet.

**115 Circulation de la promesse.** Le contrat de promesse, comme n'importe quel contrat peut faire l'objet d'une stipulation assurant que la promesse soit considérée comme affectée d'un *intuitus personae* ou au contraire que le bénéfice de la promesse puisse être transmis par le bénéficiaire avant la levée de l'option, solution qui résulte le plus souvent d'une faculté de substitution insérée dans la promesse (284), qui peut s'analyser comme une cession de contrat (285) où toutes sortes de modalités peuvent être envisagées : agrément, information préalable, notification, etc. La substitution permet ainsi au tiers substitué de prendre la place du bénéficiaire dans ses droits et obligations : il est débiteur de l'indemnité d'immobilisation et créancier du droit d'option.

**116 Rétractation de la promesse par le promettant avant la levée de l'option.** La question essentielle posée par les promesses de contracter demeure la question de la sécurité à laquelle les parties peuvent s'attendre : le bénéficiaire doit-il

---

284 Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 14 déc. 1982, n°81-15455, D. 1983, p. 418, note L. Aynès ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 28 nov. 1962, n°58-11255, Bull. civ. I, n°509 ; V. Soubise, La transmission par substitution de bénéficiaire, des droits conférés par une promesse de vente, D. 1994, chr., p. 237 ; Ph. Brun, Nature juridique de la clause de substitution dans le bénéfice d'une promesse unilatérale de vente : une autonomie de circonstance ?, RTD civ. 1996, p. 29 ; M. Behar-Touchais, Retour sur la clause de substitution, Mél. L. Boyer, Toulouse, 1996, p. 85 ; L. Boyer, Clause de substitution et promesse unilatérale de vente, JCP G 1987, I, 3310 ; E. Jeuland, Proposition de distinction entre la cession de contrat et la substitution de personne, D. 1998, chr., p. 356.

285 Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 13 juill. 1999, n°97-18926 et 97-18927, JCP G 1999, II, 10207, note M.-C. Psaume ; Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 1<sup>er</sup> avr. 1987, n°86-15838, Bull. civ. III, n°68, D. 1987, p. 454, note L. Aynès L., RTD civ. 1987, p. 777, obs. Ph. Rémy ; Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 17 avr. 1984, n°83-12106, Bull. civ. III, n°87, D. 1985, p. 234, note I. Najjar ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 14 déc. 1982, n°81-15455, préc.

s'inquiéter du risque de rétractation par le promettant ? Le promettant peut-il répondre à l'offre plus intéressante proposée par un tiers et donc rétracter la promesse ?

La jurisprudence considère que le promettant peut rétracter efficacement la promesse avant la levée de l'option par le bénéficiaire (286) contre les propositions doctrinales majoritaires qui considèrent, en général, que le promettant s'engage irrévocablement à conclure le contrat promis, de sorte qu'il aurait déjà consenti au contrat promis. Tel est bien le problème : quel est le contenu du consentement donné dans la promesse, s'étend-il au contrat promis ? Comment empêcher le promettant de résilier le contrat de promesse, même de façon fautive ? L'exécution forcée du contrat de promesse serait-elle une exception ou le principe ? Les questions abondent et les réponses jurisprudentielle aboutissent à répondre d'une part que le consentement donné à la promesse ne porte que sur celle-ci, et point sur le contrat promis, que le promettant peut bien entendu résilier le contrat et que celle-ci, efficace, quand bien même elle serait fautive, ne peut faire l'objet d'une exécution forcée en nature, ce qui est exactement le contraire des propositions doctrinales.

Ces solutions sont l'aboutissement d'un raisonnement juridique complexe, entamé en 1993.

Certains auteurs estimaient que le promettant est débiteur d'une obligation de ne pas faire : ne rien faire qui puisse empêcher le bénéficiaire de lever l'option qu'il a réservée à ce dernier (287). Si tel était le cas, le bénéficiaire pourrait obtenir la destruction du contrat conclu avec un tiers sur le fondement de

---

286 Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 11 mai 2011, n°10-12875: D. 2011. p. 1457, note D.Mazeaud, et p. 1460, note D. Mainguy ; JCP N 2011. 1163, rapp. G. Rouzet.

287 A. Bénabent, *Les contrats spéciaux*, Montchrestien, n°93 ; F. Collart-Dutilleul, *op. cit.*, n°227, A. Terasson de Fougères, « Sanction de la rétractation du promettant avant levée de l'option par le bénéficiaire d'une promesse de vente », *JCP N* 1995. I. 194. La Cour de cassation a cependant clairement rejeté cette solution, s'agissant des pactes de préférence, dans un arrêt du 10 juillet 2002, Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 10 juill. 2002, *JCP G* 2002. Pan. 1396 : « L'article 1143 du Code civil n'est pas applicable à la violation d'un pacte de préférence qui met une obligation de faire à la charge du débiteur ».

l'article 1143 du Code civil. Pour d'autres, ce serait une obligation de donner (288), permettant cette fois une exécution forcée en nature sans difficulté, solution critiquée car elle ferait de la promesse une sorte de « demi-vente ». Pour d'autres encore, il pourrait s'agir d'une obligation de faire : maintenir son offre au profit du bénéficiaire, solution que la jurisprudence a retenue. Cette question est induite par la solution jurisprudentielle donnée au problème de l'exécution forcée en nature, éventuelle, de la promesse de contracter, alors que le promettant s'y refuse, pendant le temps d'efficacité de celle-ci, c'est-à-dire avant que le bénéficiaire lève l'option, question devenue classique et connue comme le problème de la « rétractation » de la promesse par le promettant (289).

Or, la Cour de cassation s'est prononcée dans un important arrêt *Cruz* du 15 décembre 1993 en défaveur de toute exécution forcée du promettant : « *les bénéficiaires n'avaient pas déclaré acquérir, l'obligation de la promettante ne constituait qu'une obligation de faire et (...) la levée d'option, postérieure à la rétractation de la promettante, excluait toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquérir* » (290). Pour la Cour, la rétractation par le promettant avant l'échéance de la levée d'option peut utilement s'effectuer et le

---

288 P. Bloch, L'obligation de transférer la propriété dans la vente, RTD civ. 1988. p. 673.

289 Le tout, pour autant que la promesse contienne un terme, un délai pour opter ; à défaut, le promettant peut rétracter sa promesse et il lui suffit de le signifier (Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 25 mars 2009, n° 08-12.237, RDC 2009. 995, obs. Y.-M. Laithier), contrairement à la jurisprudence antérieure qui considérait que le promettant devait mettre en demeure le bénéficiaire d'opter ou de renoncer.

290 Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 15 déc. 1993, D. 1994. p. 507, note F. Bénac-Schmidt, Somm. 230, obs. O. Tournafond ; 1995. Somm. 88, obs. L. Aynès ; JCP N 1995. J. 31, note D. Mazeaud ; Defrénois 1994. 35845, obs. Ph. Delebecque, RTD civ. 1994. p. 588, obs. J. Mestre. Adde : A. Terrasson de Fougères, Sanction de la rétractation de promettant avant la levée de l'option, JCP N 1995. 1. 194 ; F. Collart-Dutilleul, Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble, les risques de désordre, Dr. et patr. déc. 1995. 58 ; D. Stapylton-Smith, La promesse unilatérale de vente a-t-elle encore un avenir ?, AJPI 1996. 568, R.-N. Schütz, L'exécution des promesses de vente, Defrénois 1999. 37021.

bénéficiaire n'est créancier que d'une obligation de faire, ce qui l'empêche d'obtenir exécution forcée en nature de la promesse, mais une simple allocation de dommages et intérêts au profit du bénéficiaire déçu.

La décision de 1993, fondée sur l'article 1142 du Code civil, reposait donc sur les obligations et leur nature de la promesse.

Le contrat pourrait aussi être envisagé du point de vue du contrat lui-même de sorte que, aux termes de l'article 1134 alinéa 2 du Code civil, tout contrat est en principe irrévocable et la rupture unilatérale du contrat n'est pas possible, sauf clause à cet effet ou à considérer la résiliation unilatérale comme fautive. Par conséquent, si on admet que le promettant a déjà, par la promesse, donné son consentement à la vente puisque la levée de l'option par le bénéficiaire formera la vente, il devrait en résulter que le promettant ne peut rétracter son consentement et que le bénéficiaire peut, dans le délai, lever l'option, formant ainsi le contrat malgré la rétractation, inopérante, du promettant, assurant ainsi moins l'exécution forcée de la promesse que le maintien forcé du consentement du promettant. C'est donc par la considération de l'effet obligatoire de la promesse elle-même, indépendamment de ses obligations : « *le promettant n'est pas dans la situation d'un débiteur mais (...) il est, plus fondamentalement, tenu par le contrat* » (291).

A l'inverse cependant, on pourrait considérer qu'aucun fondement juridique ne permet de forcer le consentement d'un contractant, ici le promettant, qui a manifesté son intention de ne pas conclure le contrat préparé, mieux de le résilier, y compris de manière fautive. La jurisprudence admet en général que nul ne peut être forcé de demeurer dans les termes d'un contrat. La résiliation unilatérale, irrégulière donc, d'un contrat produit effet, mais en engageant la responsabilité du contractant fautif. Aussi on pourrait toujours concevoir que le promettant peut résilier unilatéralement, mais fautivement, le contrat de promesse, du

---

291 P. Ancel, Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat, RTD civ. 1999. p. 771, spéc. n°21 ; R.-N. Schütz, L'exécution des promesses de vente, art. cit. n°10-11 ; Ph. Brun, Le droit de revenir sur son engagement, in Que reste-t-il de l'intangibilité des conventions ?, Dr. et patr. mai 1998, n° 60, p. 78.



moins jusqu'à la levée d'option (292), à moins de s'engager vers une conception plus objective du contrat et, admettre l'hypothèse d'un maintien forcé de l'engagement du promettant.

La Cour de cassation a d'ailleurs maintenu sa jurisprudence, dans un arrêt du 26 juin 1996 (293). Le résultat de ces arrêts est que le promettant peut rétracter sa promesse tant que le bénéficiaire ne l'a pas acceptée, comme il pourrait rétracter son offre, sauf aménagement contractuel, devenu fréquent par exemple pour favoriser l'exécution forcée (294). Malgré les nombreuses critiques doctrinales, la Cour s'est à nouveau prononcée dans le même sens dans un arrêt du 11 mai 2011 (295) : « *En application des articles 1101 et 1134 du Code civil, la levée de l'option par le bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente postérieurement à la rétractation du promettant exclut toute rencontre des*

---

292 En ce sens, D. Mainguy, L'efficacité de la rétractation de sa promesse par le promettant, RTD civ. 2004. 1 ; F. Bellivier et Ruth Sefton-Green, Force obligatoire et exécution en nature du contrat en droits français et anglais : bonnes et mauvaises surprises du comparatisme, Mélanges J. Ghestin, LGDJ, 2000, p. 91, D. Stapylon-Smith, La promesse unilatérale de vente a-t-elle encore un avenir ?, art. cit., M. Fabre-Magnan, Le mythe de l'obligation de donner, RTD civ. 1996. p. 85 et spéc. n° 17.

293 Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 26 juin 1996, Bull. civ. III, n° 165, Defrénois 1996. 36434, obs. D. Mazeaud, RJDA 1996. 636, rapp. D. Pronier, LPA 30 mai 1997, p. 27, note B. Bévière : « *la cour d'appel (a) exactement retenu que tant que les bénéficiaires n'avaient pas déclaré acquiescer, l'obligation de la promettante ne constituait qu'une obligation de faire et que la levée d'option, postérieure à la rétractation de la promettante, excluait toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquiescer* ».

294 Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 27 mars 2008, n° 07-11721, RDC 2009. p. 143, obs. Ph. Brun ; 2008, p. 734, obs. D. Mazeaud, p. 1239, obs. F. Collart-Dutilleul, JCP 2008. II. 10147, note G. Pillet. V. aussi Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 8 sept. 2010, D. 2011 p. 477, obs. S. Amrani-Mekki ; RTD civ. 2010, p. 770, obs. B. Fages ; Defrénois 2010. 2123, obs. L. Aynès ; RDC 2011. p. 153, obs. Ph. Brun.

295 Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 11 mai 2011, n° 10-12875 : D. 2011. p. 1457, note D. Mazeaud, et p. 1460, note D. Mainguy ; JCP N 2011. 1163, rapp. G. Rouzet ; adde : Y. Paclot et E. Moreau, L'inefficacité de la rétractation de la promesse unilatérale de vente, JCP 2011. 736 ; N. Molfessis, De la prétendue rétractation du promettant dans la promesse unilatérale de vente ou pourquoi le mauvais usage d'un concept inadapté doit être banni, D. 2012. 231. Adde : Cass. com., 13 sept. 2011, n° 10-19526 reproduisant la solution du 11 mai 2011 et Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 6 sept. 2011, n° 10-20362, contre, assez vaguement, cette solution.

*volontés réciproques de vendre et d'acquérir et la possibilité d'obtenir la réalisation forcée de la vente* ». L'arrêt valide ainsi l'analyse selon laquelle le contrat de promesse n'a pas pour objet un consentement qui aurait déjà été donné par le promettant à la vente mais au contraire le fait que le contrat de promesse est un contrat qui s'inscrit pleinement dans la négociation d'un contrat, d'une part, et comme un contrat. Il en résulte que la « rétractation » par le promettant de sa promesse s'analyse comme une résiliation unilatérale du contrat de promesse, certes fautive, mais efficace, excluant l'exécution forcée en nature puisque comme l'explique la Cour aucune rencontre des volontés réciproques sur la base d'un hypothétique consentement déjà donné par le promettant (296).

Quand bien même la doctrine continuerait de tonner contre ces décisions, la solution demeure : le promettant peut rétracter la promesse, du moins tant que le bénéficiaire n'a pas levé l'option. Plus exactement, la rétractation faite par le promettant dans ces conditions est clairement une résiliation fautive, qui engage la responsabilité du promettant, dans la mesure où il s'était engagé, souvent à titre onéreux, à laisser le bénéficiaire en mesure d'exercer son option. L'un des pistes qui pourrait être envisagée consiste à considérer le préjudice subi par le bénéficiaire.

**117 Indemnisation du bénéficiaire et sécurisation de la promesse.** Le régime de la promesse, identifié par les décisions de la jurisprudence sont donc, de manière supplétive, favorables au débiteur du droit d'option, le promettant.

La question se pose alors des techniques contractuelles possibles de sécurisation du bénéficiaire. On peut observer, en premier, que le préjudice subi par le bénéficiaire est soit faible soit difficilement identifiable. En effet, le bénéficiaire qui subit la résiliation unilatérale du contrat de promesse de contracter se retrouve en situation identique à celle qui était la sienne avant de conclure la promesse : il dispose toujours de la même somme

---

296 D. Mainguy, A propos de « l'affaire de la rétractation de la promesse de vente », JCP, éd. G, 2012, 808.

d'argent et est en mesure de conclure un nouveau contrat. Quant au promettant, il a soit considéré que ne pas conclure le contrat était préférable pour lui ou que la conclusion du contrat avec le tiers lui était plus profitable. En clair, il préfère conserver la chose objet de la promesse de vente ou a vendu à un prix plus important que le prix de la promesse. Le préjudice du bénéficiaire, dans les promesses de vente d'immeubles, est donc ou bien un simple préjudice moral, celui du rêve envolé, et un préjudice économique, celui de l'indemnité d'immobilisation versée, ce dont il résulte que son indemnisation est souvent faible. Le préjudice de frustration pourrait cependant être considéré avec plus d'importance, s'il s'agissait de rendre plus onéreuse la résiliation par le promettant.

Dans certaines hypothèses toutefois, le préjudice peut être bien plus important, par exemple lorsque l'objet de la promesse est une chose irremplaçable ou une chose frugifère, comme des titres sociaux, un fonds de commerce etc. En toute hypothèse, donc le préjudice subi peut être aisément identifié : le montant de l'indemnité d'immobilisation ou bien les pertes estimées du fait de la violation de la promesse, et éventuellement un préjudice moral. L'indemnisation du bénéficiaire du fait de la résiliation de la promesse et donc de la violation de son contenu n'est pas complexe à prévoir, tant pour le bénéficiaire que pour le promettant.

La sécurisation de la promesse (297) peut donc passer, dans un premier temps, par la stipulation d'une clause pénale, suffisamment importante pour enchérir le coût de la violation, mais point trop pour ne pas encourir le risque d'une réduction sur le fondement de l'article 1152 du Code civil. Quand bien même d'ailleurs, le caractère comminatoire de la clause pénale devrait constituer une incitation suffisamment dissuasive, à moins que la valeur réelle du contrat promis soit considérablement plus élevée que celle prévue dans la promesse, auquel cas le promettant a très bien fait de n'y point donner suite.

---

297 Adde : B. Nuytten, L'exécution des contrats préparatoires à la vente d'immeubles, le point de vue du praticien, RDC 2005, p. 75.

La question se pose en outre de savoir si, alors que l'exécution forcée en nature est exclue devant le juge, une clause à cet effet ne peut pas aboutir à priver le promettant de la possibilité de résilier la promesse. La cour de cassation a considéré, dans un arrêt du 27 mars 2008 (298) qu'une telle clause était efficace. Une telle clause ne devrait pas se contenter que contrat est ferme et irrévocable, ni que le promettant s'interdit de rétracter la promesse, quelle qu'en soit la cause avant la fin du délai d'option ou sa levée par le bénéficiaire mais surtout (et peut-être uniquement) prévoir que *en cas de rétractation par le promettant le bénéficiaire pourra obtenir l'exécution forcée en nature du contrat promis* (299). En effet, la clause d'exécution forcée pourrait être considérée, à trop en ajouter, et notamment le fait que promettant s'interdit de rétracter la promesse, comme une forme de renonciation à un droit, qui n'est possible qu'après que le droit soit né. A l'inverse, la soumission volontaire à un mode de sanction déterminé, comme l'exécution forcée en nature, peut apparaître comme le choix délibéré d'une technique de sanction d'une inexécution. On pourrait même considérer alors qu'une telle promesse, notariée, associée à la possibilité pour le bénéficiaire d'obtenir l'exécution forcée en nature sans qu'il soit besoin de recourir au juge, se suffirait à elle-même.

## B. – Les promesses synallagmatiques de contracter

---

298 Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 27 mars 2008, préc. : « *Mais attendu qu'ayant retenu que si les parties à une promesse unilatérale de vente étaient libres de convenir que le défaut d'exécution par le promettant de son engagement de vendre pouvait se résoudre en nature par la constatation judiciaire de la vente, force était de relever que les actes conclus entre la société Foncière Costa et la société Ogic n'avaient pas stipulé que l'inexécution par la société Foncière Costa de sa " promesse ferme " et de son " engagement ferme et définitif " de vendre se résoudrait par une autre voie que celle prévue à l'article 1142 du code civil, la cour d'appel, sans dénaturation, en a exactement déduit que la société Ogic n'était pas fondée à prétendre à une exécution en nature et que la société Foncière Costa devait réparer le dommage que l'inexécution de son obligation de vendre avait pu causer à la société Ogic* ». Adde : Y.-M. Laithier, La prétendue primauté de l'exécution en nature, RDC 2005, p. 161.

299 Cf. D. Mazeaud, obs. in RDC 2008, p. 734.

118 Le contrat de promesse synallagmatique est un contrat par lequel les parties s'engagent l'une comme l'autre et réciproquement à conclure un contrat dans des conditions déterminées. Le contrat de promesse constate donc le consentement réciproque sur le contrat envisagé. Aussi, pour la préparation d'un contrat de vente, l'article 1589, alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil dispose que « *la promesse de vente vaut vente lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et le prix* ». Dès lors que la promesse de vente rassemble tous les éléments de la vente, l'autonomie de la promesse synallagmatique est refusée par l'article 1589 du Code civil : la promesse de vente est une vente (300) et il en est de même pour une promesse de contrat autre.

La promesse synallagmatique a une existence autonome lorsque tous les éléments nécessaires à la formation du contrat promis ne sont pas réunis. Elle présente un grand intérêt en tant que contrat préparatoire assorti de conditions ou d'un terme. Dans cette hypothèse, la formation de la vente est repoussée à la réalisation des conditions ou à l'existence des éléments « essentialisés ». Le compromis est alors pleinement autonome par rapport à la vente.

Comme pour les promesses unilatérales, la difficulté repose sur la possibilité d'obtenir l'exécution forcée de la promesse, *a priori* plus aisée puisque le consentement donné est ici réciproque. Le contrat de promesse devient en effet le contrat promis du seul fait de la réalisation des conditions.

Toutefois, le contrat de promesse prévoit très souvent que le contrat promis doit faire l'objet d'une réitération, notamment pour les promesses synallagmatiques de vente.

La question de l'efficacité de la promesse dépend alors de la rédaction de la clause de réitération. Lorsque le compromis indique que la *formation* de la vente est retardée au jour de la signature de l'acte authentique réitérant la vente, ou que la vente est formée mais son *exécution* est repoussée au même acte

---

300Cass. com., 2 févr. 1970, n°68-10079, RTD civ. 1970, p. 785, obs. G. Durry. Adde : Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 31 janv. 2001, RJDA 2001. n°569, à propos d'une promesse de vente qualifiée de promesse unilatérale de vente et donc soumise à la formalité de l'article 1840 A du CGI (C. civ., art. 1589-1).

(hypothèse qui vaut également pour une promesse unilatérale de vente après levée de l'option), la question se pose de savoir quelles sont les conséquences d'un refus du vendeur de procéder à cette signature.

La jurisprudence admet qu'il n'est pas possible de refuser de signer l'acte authentique dès lors que l'acte comporte les éléments essentiels à la formation de la vente (chose et prix) et, estime la Cour de cassation, qu'aucune circonstance n'est « de nature à démontrer que les parties avaient fait de la réitération par acte notarié un élément constitutif de leur consentement » (301). Par conséquent, deux situations s'opposent et qui dépendent de la rédaction de la clause ayant pour objet la réitération de la vente en sa forme authentique :

– ou bien le compromis (302) ou la promesse unilatérale de vente après la levée de l'option) a fait, par une clause, de la réitération de la vente en sa forme authentique un élément de la formation de la vente ; cette réitération est alors l'objet d'une obligation de faire de la promesse : la vente n'est pas formée, seule une obligation de faire n'est pas exécutée et, donc, cette inexécution se résoudra par des dommages et intérêts ;

– ou bien au contraire le compromis a fait de la réitération de la vente une modalité d'exécution de la vente : la vente est alors formée dans les conditions ordinaires : elle produit ses effets. Mais alors, parce que la promesse s'efface derrière la vente, le refus, par le vendeur (le plus souvent) de signer l'acte ne se résout pas en dommages et intérêts ; la vente est conclue, il doit exécuter les obligations qui naissent, notamment celle de réitérer l'acte en sa forme authentique. En effet, de la formation de la vente naît l'une de ses obligations principales, l'obligation de donner, susceptible d'exécution forcée, de sorte que le refus de signer l'acte authentique doit être surmonté par le jugement valant acte authentique, en raison de l'autorité de la chose jugée

---

301 Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 20 déc. 1994, JCP 1995, II, 22491, note Ch. Larroumet, JCP N 1996, J, 501, note D. Mainguy.

302 Sous réserve, cependant, que la condition suspensive affectant la vente ne consiste pas en la signature de l'acte notarié en raison de la potestativité qui la menacerait : cf. Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 7 juin 1983, Bull. civ. III, n° 132 : la vente n'en est pas une et le contrat ne consiste qu'en un simple projet.

qui s'y attache (303), ce qui suppose que la promesse de vente contienne une clause faisant de la réitération par acte notarié une modalité d'exécution et point un élément de la formation de la vente (304).

---

303 Cass. Ass. plén., 3 juin 1994, Bull., n° 4.

304 Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 20 déc. 1994, préc. ; Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 5 janv. 1983, D. 1983. p. 617, note P. Jourdain, JCP 1984, II, 20312, note H. Thuillier.

