Collection CEPRISCA

L'avant-contrat

Actualité du processus de formation des contrats

Sous la direction
d'Olivier Deshayes
Professeur à l'Université de Picardie Jules Verne, CEPRISCA

Collection CEPRISCA

puf

Remerciements

Le 4 avril 2007, le Centre de recherche en droit privé et sciences criminelles d'Amiens (CEPRISCA) et le Master II « Droit privé approfondi » organisaient une journée d'étude intitulée « *L'avant-contrat, actualité du processus de formation des contrats* », en partenariat avec le barreau d'Amiens, le conseil régional des notaires de Picardie, le centre de formation professionnel des avocats du nord-ouest et Amiens métropole.

Le présent ouvrage contient les communications présentées lors de cette journée, auxquelles ont été ajoutées trois contributions écrites.

Que tous ceux, intervenants, collègues, étudiants, sponsors et personnels de l'Université, dont la participation a permis l'organisation de cette journée et l'impression de cet ouvrage soient ici remerciés. Tout spécialement Mademoiselle Geneviève Viney, Professeur émérite de l'Université Panthéon-Sorbonne, et Monsieur François-Xavier Testu, Professeur à l'Université François Rabelais de Tours, qui ont présidé les débats le 4 avril 2007, ainsi que Maître Clément, Président du conseil régional des notaires de Picardie, le Bâtonnier Sterlin et Maître Vindreau, qui ont animé la table ronde précédant le rapport de synthèse.

Liste des contributions

Avant-propos
par Olivier Deshayes, Professeur à l'Université de Picardie Jules Verne, Directeur de Master II « Droit privé approfondi », CEPRISCA

La période précontractuelle en droits positif et prospectif français, européen et international : comparaisons
par Denis Mazeaud, Professeur à l'Université Paris II (Panthéon-Assas)

Analyse comparée de la responsabilité précontractuelle dans les droits européens
par John Cartwright, Reader in the Law of Contract, Université d'Oxford, Professor of Anglo-American Private Law, Université de Leyde

Les parties aux négociations contractuelles (réflexions sur le sens de l'acte de négocier)
par Olivier Deshayes

Le droit international privé de la période précontractuelle
par Christophe Seraglini, Professeur à l'Université Paris XI (Sceaux)

Le droit pénal de la période précontractuelle*
par Mikaël Benillouche, Maître de conférences à l'Université de Picardie Jules Verne, CEPRISCA

La rupture précontractuelle à l'épreuve de l'analyse économique du droit*
par Grégory Maitre, Maître de conférences à l'Université Paris XI (Sceaux)

L'exécution forcée des avant-contrats
par Damien Grimaud, Maître de conférences à l'Université de Picardie Jules Verne, CEPRISCA

La distinction entre « intérêt positif » et « intérêt négatif » à l'épreuve des avant-contrats
par Yves-Marie Laithier, Professeur à l'Université de Reims, CEJESCO

La circulation des avant-contrats*
par Gilles Pillet, Maître de conférences à l'Université Paris XII (Créteil)

Rapport de synthèse
par Alain Bénabent, Professeur à l'Université Paris X (Nanterre), Avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation

* Contribution n'ayant pas donné lieu à un rapport oral le 4 avril 2007

Avant-propos

Ce serait un comble que l'avant-propos à un ouvrage consacré à la période précontractuelle soit aux contributions qu'il introduit ce que l'avant-contrat est parfois au contrat dans l'esprit des parties : une phase d'indécision, lente, incertaine, dont l'existence ne fait que retarder la survenance de l'événement attendu. Il faut donc faire court. Une simple réponse à la question « pourquoi l'avant-contrat ? » devrait suffire. Pourtant, à peine posée, la question se dédouble. Car on peut se demander tout à la fois pourquoi il a été fait le choix de parler *de l'*avant-contrat (c'est la question du thème) et pourquoi il a été fait le choix de parler *d'*avant-contrat (c'est la question du terme).

Pourquoi parler *de l'*avant-contrat ?

C'est l'actualité dont il fait l'objet qui a imposé le thème de l'avant-contrat. Actualité jurisprudentielle, évidemment, avec, sur la seule année 2006, pas moins de trois arrêts de la Cour de cassation publiés dans son rapport annuel[1]. Le premier, déjà célèbre, rendu en chambre mixte le 26 mai, fait une place à l'exécution forcée parmi les sanctions de l'inexécution du pacte de préférence. Le second, rendu par la troisième chambre civile (réunie en plénière de chambre) le 28 juin, prend parti sur l'indemnisation de la perte de chance de conclure un contrat négocié en cas de rupture fautive des pourparlers. Enfin le troisième, rendu lui aussi par la troisième chambre civile (toujours en plénière de chambre) le 28 juin, porte sur l'incidence d'une clause de substitution de partie sur la nature unilatérale ou synallagmatique du contrat de promesse.

L'année 2007 n'a pas été beaucoup plus calme. Ni moins intéressante. Un arrêt remarqué du 17 janvier a fermement dénié l'existence d'une obligation d'information sur la valeur à la charge de l'acquéreur dans le contrat de vente[2]. Deux arrêts de chambre mixte, rendus le 29 juin, ont opportunément précisé l'étendue de l'obligation d'information du banquier à l'égard de son client[3].

Ces décisions sont importantes. Elles ne doivent cependant pas faire oublier le reste : l'actualité en ce domaine est aussi législative et règlementaire. A ceux qui voudraient par exemple se convaincre de l'ardeur

---

1 - Rapport annuel de la Cour de cassation pour 2006, La Cour de cassation et la construction juridique européenne, La documentation française, Paris, 2007.

2 - Cass. 3ème civ. 17 janvier 2007, n° 06-10442, Bull. civ. III, n° 5.

3 - Cass. mixte 29 juin 2007, Bull. n° 7 et 8, p. 19 ; BICC n° 669, rapport Mme. Betch et avis M. Maynial, Rapport annuel 2007, La santé dans la jurisprudence de la Cour de cassation, éd. La documentation française, 2008, p. 409.

avec laquelle nos dirigeants s'attèlent à la tâche d'imposer aux vendeurs, tout spécialement d'immeubles, la délivrance d'informations précontractuelles, on conseillera la lecture édifiante de la belle synthèse à laquelle s'est livré François Collart Dutilleul dans la revue des contrats[4]. Sans oublier d'autres textes. Par exemple le décret du 3 mars 2006, qui a fixé la liste des informations dues au mandataire-gérant d'un fonds de commerce[5]. Informations qui figurent dans un document auquel le texte impose lui-même le nom de « *document précontractuel* ». Ou bien encore la loi du 5 mars 2007, qui impose au bailleur de délivrer au candidat locataire de son bien « *une information sur les modalités de réception des services de télévision dans l'immeuble* »[6] (premier pas vers la fondamentalisation du droit de recevoir les programmes télévisés ?). Information qui s'ajoute, en lui restant extérieure, au « *dossier de diagnostic technique* » créé par l'ordonnance du 8 juin 2005[7], et dont on goûtera tout particulièrement l'efficacité : « *Le locataire ne peut se prévaloir à l'encontre du bailleur de ces informations qui n'ont qu'une valeur informative* ».

Il est inutile d'insister davantage : la phase précontractuelle gagne actuellement en épaisseur (à défaut de gagner en cohérence). Une épaisseur qui rend possible et opportune son étude. Reste à savoir si pour cela on a besoin d'y renvoyer sous le nom « d'avant-contrat ». C'est une autre question.

Pourquoi parler *d'*avant-contrat ?

Parler d'avant-contrat est commode puisque la discussion peut alternativement rouler sur l'un ou l'autre des deux sens reconnus à l'expression. Au singulier et au sens large, *l'*avant-contrat désigne la période précontractuelle dans son ensemble ; tandis qu'au pluriel et dans un sens plus précis, *les* avant-contrats désignent les contrats préparatoires, dont l'objet est d'encadrer la conclusion d'un autre contrat à venir. L'architecture de la journée du 4 avril 2007 exploitait cette propriété du mot avant-contrat, la matinée étant en effet consacrée au « droit de l'avant-contrat » et l'après-midi au « droit des avant-contrats ». Le découpage a d'ailleurs été conservé pour la publication. Il reste que si l'expression offre un moyen commode de scinder les thèmes d'intervention, elle n'est peut-être pas la meilleure.

4 - RDC 2006-4, p. 1135 et s.

5 - Décret n° 2006-259, JO du 5 mars 2006, sur lequel v. not. RTDCom., 2006, p. 565, obs. B. Saintourens.

6 - Loi n° 2007-309 du 5 mars 2007, JO du 7 mars 2007, art. 12, créant l'article 3-2 de la loi 6 juillet 1989 « tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986 ».

7 - Ordonnance n° 2005-655 du 8 juin 2005, JO du 9 juin 2005, art. 22 III, créant l'article 3-1 de la loi précitée du 6 juillet 1989.

De fait, parler d' « avant-contrat », c'est prendre le risque de taire ce qui fait la spécificité de la période précontractuelle. Les mots résonnent comme une invitation à la soustraction : l'avant-contrat serait tout ce qui, n'étant pas encore le contrat, le précède. Un tel équarrissage temporel masque l'essentiel. A savoir que la période précontractuelle doit son unité à ce que tout ce qui y est fait *tend* vers le contrat. On peut dire les choses autrement, et peut-être plus simplement, en affirmant que *l'avant-contrat, ce n'est pas avant-le-contrat ; c'est le contrat en train de se faire,* ce qui est différent. Cette tension, cette projection vers le contrat est centrale. Les mots doivent en rendre compte. C'est pourquoi l'expression « processus de formation des contrats » convient à la mieux réflexion[8]. Il y a dans le mot « processus » (comme dans celui de « formation ») ces idées de travail en cours et de but à atteindre qui font la richesse (et aussi la complexité) de la période précontractuelle.

C'est pour n'avoir pas su choisir entre commodité et précision que les deux expressions participent conjointement à la définition du thème de cette recherche : « l'avant-contrat » fournit le titre ; « le processus de formation des contrats » fournit le sous-titre. Mais tout cela est peut-être secondaire. Car la substance, elle, est fournie par les contributeurs, dont les articles suivent, et que je tiens une nouvelle fois à remercier.

Olivier Deshayes
Professeur à l'Université de Picardie Jules Verne,
Directeur du Master II « Droit privé approfondi », CEPRISCA

8 - Ce qui, semble-t-il, n'a pas échappé à nos collègues belges : v. M. Vanwijck-Alexandre et P. Wéry (sous dir. de), Le processus de formation des contrats, éd. Larcier, 2004 ; M. Fontaine (sous dir. de), Le processus de formation du contrat : contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen, éd. Bruylant-LGDJ, 2002.

PREMIERE PARTIE :
LE DROIT DE L'AVANT-CONTRAT

LA PERIODE PRECONTRACTUELLE EN DROITS POSITIF ET PROSPECTIF FRANÇAIS, EUROPEEN ET INTERNATIONAL : COMPARAISONS

Denis Mazeaud
Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

1. La seule lecture de l'intitulé du sujet que j'ai choisi de traiter, lorsque Olivier Deshayes m'a aimablement proposé de participer à ce colloque, confirme que l'inconscience et l'absence totale de sens de la mesure sont les deux traits de caractère dont je suis affligé... Inconscience, d'une part, parce que ce sujet suppose, pour être convenablement traité, des compétences en droit comparé dont je suis totalement dépourvu, étant entendu qu'à l'époque déjà fort lointaine de mes études universitaires le droit comparé rimait encore, à tort, avec dilettantisme et que, depuis que cette époque est désormais révolue, j'ai consacré l'essentiel de ma besogne à labourer le droit hexagonal, car une exploration sérieuse des droits étrangers m'est interdite par mon incompétence linguistique, autre stigmate d'un parcours universitaire peu glorieux. Absence de sens de la mesure, d'autre part, car si je respectais le programme que mon sujet implique, j'y intégrerai, outre le droit positif français, d'abord d'autres droits nationaux, ensuite certaines conventions internationales, telle la convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises, enfin tous les projets d'harmonisation du droit des contrats, qu'ils soient d'origine française ou européenne. Autant dire que, pour le positiviste « franchouillard » que je suis, une telle mission est impossible en raison de son ampleur démesurée et des qualités qu'elle exige. Aussi, me faut-il, par la force des choses et par la faiblesse de mon bagage linguistique et comparatiste en rabattre quelque peu, et restreindre sensiblement mon sujet, tout en m'efforçant de ne pas trahir complètement la confiance illégitime placée en moi par les organisateurs de ce colloque.

2. Dans cette perspective, il me semble envisageable de partir de l'idée avérée qu'un fort vent de réforme souffle aujourd'hui sur le droit français des contrats. Idée accréditée par la publication, au sens éditorial du terme, en premier lieu, de deux textes d'origine européenne, les *Principes du droit européen du contrat*[1], élaborés par la commission Lando, et l'*Avant-projet de Code européen de droit des contrats*[2], rédigé sous l'égide du Professeur Gandolfi, et, en second lieu, d'un texte d'origine française, l'*Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*[3], initié par Pierre Catala et parrainé par l'Association Capitant. Dès lors, il m'a paru intéressant de traiter mon sujet en choisissant, comme toile de fond, cette réforme potentielle du droit français des contrats, et de retenir celle-ci comme idée directrice de la comparaison envisagée. Comparaison qui sera finalement formellement limitée au droit français positif, d'une part, et aux divers projets de réforme susvisés, d'autre part, mais qui n'exclura pas complètement pour autant d'autres instruments, tels les *Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international* ou la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises, puisque l'empreinte de ceux-ci sur certains des textes exploités pour les besoins de ma contribution sont établis.

3. Ces remarques préalables relatives à la délimitation de mon sujet étant faites, on peut entrer dans le vif de celui-ci et émettre quelques observations d'ordre général.

Sur le plan des sources, d'abord, on relèvera qu'en droit positif français, les règles relatives à la période précontractuelle sont d'origine jurisprudentielle. Dans le silence assourdissant du Code civil sur le processus de formation du contrat, sur sa négociation, sur l'offre et l'acceptation, sur la date et le lieu de formation du contrat, la Cour de cassation a forgé un corps de règles, désormais relativement fermes et précises, qui gouvernent cette période. Dans les différents projets de réforme, en revanche, des textes sont prévues pour régir cette phase cruciale du processus contractuel. Il ne pouvait en aller autrement pour ce qui concerne *l'Avant*-projet Catala, destiné à réviser sensiblement

1 - Sur ces *Principes*, v., entre autres, G. Rouhette, I . de Lamberterie, D. Tallon, C. Witz, Principes du droit européen du contrat, collection Droit privé comparé et européen, coll. dirigée par B. Fauvarque-Cosson, Société de législation comparée, 2003 ; P. Corlay et D. Fenouillet (ss la dir. de), Les concepts contractuels français à l'heure du droit européen des contrats, Dalloz, 2003); C. Jamin et D. Mazeaud (ss la dir. de), L'harmonisation européenne du droit des contrats, Economica, 2001 ; C. Prieto (ss. la dir. de), Regards croisés sur les principes du droit européen du contrat et sur le droit français, PUAM, 2003.

2 - Sur cet avant-projet, v. A. Debet, RDC2003, p. 217; J.-P. Gridel, Sur l'hypothèse d'un droit européen des contrats : les propositions de l'académie des privatistes européens (Pavie), Gaz. Pal. 21 et 22 février 2003, p. 3.

3 - B. Fauvarque-Cosson et D. Mazeaud, L'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, Revue de droit uniforme, 2006-1, p.103 et s. *Adde*, pour une comparaison de l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription et des Principes du droit européen du contrat, v. B. Fauvarque-Cosson et D. Mazeaud, L'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription et les principes du droit européen du contrat : variations sur les champs magnétiques dans l'univers contractuel, LPA,24 juill. 2006, p. 3 et s.

notre Code civil sans pour autant réformer substantiellement notre droit des contrats, puisqu'un des objectifs poursuivi par ses promoteurs était de codifier l'essentiel du droit commun des contrats pour que le Code civil constitue, dans son titre relatif au contrat, le reflet du droit contractuel positif. La codification des règles jurisprudentielles forgées depuis plus de deux siècles par la jurisprudence en matière précontractuelle s'imposait donc. La présence de règles dans les projets de réforme d'origine européenne s'imposait elle aussi, mais pour des raisons, peut-être différentes. En effet, comme l'a pertinemment relevé Ph. Rémy, ni dans les *Principes* Lando, ni dans l'*Avant-projet* Gandolfi, la cause, et, dans une moindre mesure, l'objet, « ne constituent des conditions essentielles du contrat ; l'accord de volonté suffit (...) »[4]. D'où, sans doute la nécessité dans ces deux textes de décrire avec un certain luxe de détails le régime de la rencontre des volontés. Et, ceci explique sans doute cela, sur un plan purement quantitatif, on remarquera qu'alors que dans l'*Avant-projet* Catala, qui n'a évidemment pas renoncé à ces symboles du patrimoine contractuel français que constituent la cause et l'objet, la période précontractuelle ne fait l'objet que d'une dizaine de textes, les projets européens sont plus prolixes.

4. Ensuite, sur un plan structurel, on notera que les projets européens comportent des règles beaucoup moins éthérées et abstraites que l'*Avant-projet* français. Alors que ce dernier, s'inscrivant dans la tradition codificatrice française, se contente d'énoncer quelques règles générales, formulées de façon générale et concise, les projets européens, tant en ce qui concerne la négociation, que l'offre, l'acceptation, la conclusion et le contenu du contrat négocié, comporte des règles concrètes et détaillées qui ne laissent que peu de place au pouvoir d'appréciation du juge. En somme, l'*Avant-projet* français indique quelques règles du jeu qu'il appartient au juge de déterminer précisément, de compléter et de mettre en œuvre, tandis que les projets européens façonnent une charte précontractuelle qui embrasse et étreint, avec un grand luxe de détails, l'ensemble des questions susceptibles de se poser lors de cette période.

5. Enfin, sur un plan substantiel, on soutiendra qu'en dépit de certaines convergences des règles relatives à la période précontractuelle dans les différents instruments exploités pour les besoins de notre comparaison, il convient de ne pas se laisser abuser par cette apparence d'unité. En effet, les règles françaises, qu'elles émanent de notre droit positif ou de l'*avant-projet* Catala, sont le produit d'une conception du contrat qui n'irrigue pas nécessairement ou, en tout cas,

4 - « Ouverture », *in* Les concepts contractuels français à l'heure du droit européen des contrats, Economica, 2003, sp. n° 15.

pas exclusivement les projets européens de réforme. En droit français, domine la figure du « contrat comme promesse »[5] dont le centre de gravité est la volonté de s'engager, alors que dans les *Principes du droit européen du contrat*, et dans une mesure moindre, dans *l'Avant-projet Gandolfi,* une autre figure se mêle à la précédente, et prend très souvent le pas sur celle-ci, celle du « contrat comme échange d'avantages, marché où chaque partie poursuit un intérêt particulier »[6], dont le fondement et la force résident dans la confiance légitime, les attentes raisonnables, du destinataire de la promesse. Au fond, le contrat « à la française » est et reste dominé par l'idée de « parole donnée » par le débiteur, alors que le contrat « version européenne » est aussi irrigué par celle de « promesse reçue » par le créancier.

6. S'ensuivent, en ce qui concerne, notre période précontractuelle toute une série de conséquences conceptuelles et substantielles. Ainsi, les notions d'offre et d'acceptation sont appréhendées différemment dans les divers corps de règles étudiées, et l'engagement unilatéral de volonté, ignoré en droits positif et prospectif français, est consacré dans les *Principes* Lando[7] et dans l'*Avant-projet* Gandolfi[8]. De plus, les rôles impartis à la volonté réelle et la volonté déclarée ne sont pas les mêmes dans les différents corps de règles, dont certains privilégient une analyse subjective de la volonté, tandis que d'autres sont perméables à des éléments objectifs, en vue d'appréhender et de sanctionner les comportements précontractuels. Plus encore, il apparaît que le droit français d'aujourd'hui et de demain s'inscrit dans un éthique de responsabilité qui canalise la liberté contractuelle, tandis que les projets européens sacrifient au culte de la confiance légitime qui promeut la sécurité juridique. Au fond, le droit français organise, au nom de l'exigence de bonne foi, une police précontractuelle qui vise pour l'essentiel à moraliser les comportements et à indemniser les dommages précontractuels, tandis que le droit européen, sous couvert d'une même exigence de loyauté, s'efforce de protéger les attentes raisonnables des négociateurs en donnant « force de loi » aux apparences précontractuelles.

7. Pour illustrer ces propos introductifs et en apprécier la pertinence, je m'efforcerai d'appréhender l'ensemble de la période précontractuelle, en comparant, comme annoncé ci-dessus, le droit positif français et les différents projets de réforme. Dans cette perspective, je m'arrêterai successivement sur les règles qui régissent le comportement

5 - Ph. Rémy, *op.cit.*, n° 13.

6 - *Ibid.*

7 - Art. 1 : 207.

8 - Art. 23.

des négociateurs du contrat (section I) et sur celles qui gouvernent la formation du contrat négocié (section II).

Section 1 - Le comportement des négociateurs du contrat

8. Pour apprécier la portée de l'évolution qu'emporterait la substitution d'un des projets de réforme évoqués à notre droit positif, on examinera, dans un premier temps, les devoirs (§ 1), qui s'imposent aux négociateurs lors de la période précontractuelle et, dans un second temps, les sanctions (§ 2), qui sont fulminées.

§ 1 : Les devoirs

9. Le recensement des devoirs imposés par les différents corps de règles comparés suppose que l'on distingue ceux qui pèsent sur les négociateurs lors des pourparlers (A) et en cas d'émission d'une offre (B).

A. ... lors des pourparlers[9]

10. Dans tous les corps de règles comparés, le régime de l'initiative, du déroulement et de la rupture de la négociation précontractuelle repose sur un principe de liberté précontractuelle, canalisé par une exigence de loyauté, laquelle est imposée pour des besoins de sécurité[10].

Concrètement, en droit positif français, ce régime de liberté surveillée se traduit par l'affirmation d'une obligation précontractuelle d'information[11] et de devoirs de discrétion[12] et de cohérence[13], lesquels reposent sur le devoir général de bonne foi. Cette obligation de négocier le contrat de bonne foi contraint chaque négociateur à communiquer à son partenaire les informations susceptibles de déterminer son consentement, à tenir secrète les informations qui lui ont été divulguées lors des pourparlers et à faire preuve de constance et de continuité dans son comportement.

11. Dans les projets de réforme, ces devoirs ne sont pas imposés avec la même précision ou la même intensité.

---

9 - Sur ce point, v. B. Fauvarque-Cosson, Oxford.

10 - En ce sens, outre la jurisprudence française contemporaine, on trouve exprimée cette règle dans les a. 1104, alinéa 1, de l'avant-projet Catala, 2. 301 des Principes Lando et 6 de l'avant-projet Gandolfi.

11 - Sur cette obligation en droit français, v. M. Fabre-Magnan, De l'obligation d'information dans les contrats, LGDJ, 1992.

12 - Sur ce devoir en droit français, v. entre autres, J.-M. Mousseron, M. Guibal, D. Mainguy, L'avant-contrat, éd. Francis Lefebvre, 2001, sp. n° 87.

13 - Sur ce devoir en droit français, v., entre autres, Cass. 1ère civ. 6 janvier 1998, Defrénois, 1998, 741, obs. D. Mazeaud ; JCP 1998, II, 10066, obs. B. Fages ; Cass. com. 26 novembre 2003, RDC 2004, 257, obs. D. Mazeaud ; RTDciv. 2004, p. 80, obs. J. Mestre et B. Fages.

En premier lieu, en ce qui concerne l'obligation d'information, on remarquera qu'elle est consacrée de façon extrêmement détaillée par l'*avant-projet* Catala, qui distingue selon que son inexécution est intentionnelle[14] ou non[15] pour déterminer sa sanction, (nullité dans le premier cas, responsabilité, dans le second), mais qui, curieusement, ne fait pas la moindre allusion à la bonne foi, contrairement à l'*avant-projet* Gandolfi, dans les dispositions qu'il lui consacre[16]. Les *Principes* Lando font preuve de beaucoup plus de discrétion sur ce point, puisque, contrairement à tous les autres corps de règles étudiés, il ne font allusion à cette obligation qu'à l'occasion de la réticence dolosive[17], laquelle « est ici très clairement rattachée, dans son principe, à l'obligation de contracter de bonne foi et rapportée à sa source au devoir d'information dont peut-être tenue, suivant les circonstances, l'une des parties »[18]. Outre qu'elle n'est donc pas érigée en « obligation autonome »[19], l'obligation d'information appréhendée par le canal du dol par réticence, est, dans ces *Principes,* soumise à la réunion de plusieurs conditions qui tiennent aux connaissances et au devoir de s'informer du créancier de son créancier, ainsi qu'au coût de l'information non communiquée pour le débiteur. Autant dire que les *Principes* Lando ne succombent pas aux charmes supposés de l'information précontractuelle.

Pour autant heurtent-ils de front notre droit positif ? Je n'en suis pas sûr. Certes, la Cour de cassation française n'a pas encore succombé aux charmes de l'analyse économique du droit et ne prend pas en considération le coût de l'information pour déterminer l'existence d'une obligation du même nom. Reste que des arrêts récents révèlent que notre droit positif ne sacrifie pas de façon immodérée au culte de l'information précontractuelle. Outre que le devoir de s'informer neutralise l'obligation d'informer, celle-ci est parfois écartée sans grands égards pour l'obligation de négocier le contrat de bonne foi. C'est la leçon qui me semble pouvoir être tirée d'un récent arrêt rendu, par la troisième chambre civile de la Cour de cassation, le 17 janvier 2007[20]. Un agriculteur, dont l'arrêt précise qu'il était devenu manœuvre et que son épouse était en incapacité totale de travail, avait conclu une promesse de vente immobilière avec un marchand de biens, lequel était aussi agent immobilier. Le vendeur avait agi en nullité, car il reprochait à son acquéreur de ne pas lui avoir intentionnellement révélé l'information essentielle sur le prix de l'immeuble qu'il déte-

14 - A. 1113-1.

15 - A. 1110 et s.

16 - A. 7 et 151, 1., b).

17 - A. 4 :107.

18 - G. Loiseau, La qualité du consentement, *in* Les concepts contractuels français à l'heure du droit européen des contrats, Dalloz, 2003, p. 65 et s., sp. n° 6.

19 - J.-C. Roda, Négociations contraires à la bonne foi, *in* Regards croisés sur les principes du droit européen du contrat et sur le droit français, PUAM, 2003, p. 209, sp. n° 10.

20 - Cass. 3ème civ. 17 janvier 2007, D. 2007, p. 1051, notes D. Mazeaud et Ph. Stoffel-Munck ; JCP 2007, II, 10042, note Ch. Jamin.

nait en sa qualité de professionnel de l'immobilier. Les juges du fond lui avaient donné raison, car, selon eux, le vendeur « ne pouvait lui-même connaître la valeur de son pavillon » et que le silence de l'acquéreur « constituait un manquement au devoir de loyauté qui (s'impose) à tout contractant et caractérisait une réticence dolosive déterminante du consentement (du vendeur), au sens de l'article 1116 du code civil ». La troisième Chambre civile casse sèchement l'arrêt au motif qu' « en statuant ainsi, alors que l'acquéreur, même professionnel, n'est pas tenu d'une obligation d'information au profit du vendeur sur la valeur du bien acquis, la cour d'appel a violé le texte susvisé ». Le message de la Cour de cassation est donc d'une parfaite clarté : le silence intentionnellement gardé par l'acquéreur professionnel sur la valeur du bien vendu ne constitue pas un manquement à l'obligation de négocier le contrat de bonne foi, même si il a provoqué une erreur déterminante du consentement du vendeur car, quelle que soit la qualité dans laquelle il contracte, l'acquéreur n'est alors tenu d'aucune obligation d'information sur ce point particulier[21].

On serait sans doute arrivé à une solution identique avec les règles des *Principes* Lando[22], motif pris que le vendeur d'un bien immobilier peut « raisonnablement » se procurer l'information qui a pour objet la valeur de son bien.

12. Quant aux devoirs de discrétion et de cohérence, on se contentera de quelques brèves observations.

Quant au premier d'entre eux, on relèvera que dans les deux projets européens, un texte lui est consacré, à l'inverse de *l'avant-projet* Catala qui n'en pipe mot. Absence qui s'explique exclusivement par le souci des rédacteurs de s'en tenir à l'énoncé de principes généraux et de ne pas descendre dans le détail des règles de conduite qui jalonnent la période précontractuelle.

Il en va exactement de même pour le devoir de cohérence. Alors que, de façon délibérément laconique, l'article 1104, alinéa 2, de l'avant-projet Catala, énonce que « L'échec d'une négociation ne peut être source de responsabilité que s'il est imputable à la mauvaise foi ou à la faute de l'une des parties », les projets de réforme européens sont autrement plus précis sur ce point. Ainsi, les *Principes* Lando précisent que « 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 »[23]. Et l'*avant-projet* Gandolfi est encore plus signifiant puisque, après avoir édicté une règle

21 - Rappr., Cass. 1ère civ. 3 mai 2000, Contrats, conc., consomm.,2000, comm. n° 140, obs. L. Leveneur ; D. 2002, somm. comm., 928, obs. O. Tournafond ; JCP 2000, I, 272, obs. G. Loiseau et II, 10510, obs. Ch. Jamin ; Defrénois 2000, 1110, obs. Ph. Delebecque et D. Mazeaud ; LPA, 5 déc. 2000, 14, note B. Fromion-Hébrard ; RTDciv. 2000, 566, obs. J. Mestre et B. Fages.

22 - A. 4 : 107, (3) (c).

23 - A. 2 : 301 (3).

identique, il ajoute « Si au cours des tractations les parties ont déjà examiné les éléments essentiels du contrat, dont on prévoit l'éventuelle conclusion, celle des parties qui a suscité auprès de l'autre une confiance raisonnable quant à la stipulation du contrat, agit à l'encontre de la bonne foi dès lors qu'elle interrompt les tractations sans motif justifié »[24].

Outre cette différence d'ordre structurel accordée à ces devoirs, on retiendra, pour le dernier d'entre eux, la divergence d'esprit qui anime les différents projets de réforme à leur égard. Alors que l'*avant-projet* Catala s'inscrit dans une logique de sanction et de responsabilité et se focalise sur l'auteur du comportement fautif, les projets européens raisonnent en termes de protection de la confiance légitime et se concentrent sur les attentes raisonnables du négociateur victime d'un tel comportement.

Les devoirs imposés aux négociateurs lors des pourparlers dans les divers corps de règles comparés ayant été exposés et appréciés, il convient d'en faire de même pour ceux qui sont édictés en cas d'émission d'une offre.

B. ... en cas d'émission d'une offre

13. Le régime de l'offre, dans les divers corps de règles comparés, s'articule autour des impératifs de liberté contractuelle et de sécurité juridique.

Ainsi, que ce soit en droit positif français ou dans les divers projets de réforme, l'offrant est, en principe, libre de révoquer son offre, tant que le destinataire de celle-ci ne l'a pas acceptée. A cet égard, on relèvera néanmoins une différence d'ordre conceptuel, laquelle n'emporte guère de différence de régime. En effet, dans les projets de réforme européen, l'offre est traitée comme un acte réceptice, c'est-à-dire un acte qui n'a de valeur juridique qu'en raison de la notification qui en est faite à son destinataire, ce qui suffit à justifier que l'offrant puisse la révoquer librement tant que le destinataire de l'offre ne l'a pas reçue, alors que le droit positif français et l'*avant-projet* Catala convoquent le principe de la liberté précontractuelle pour fonder cette solution.

14. Pour assurer la sécurité du destinataire de l'offre, ce principe de libre révocabilité de l'offre non acceptée souffre quelques tempéraments qui se traduisent par une obligation de maintien de l'offre à la charge de son auteur. En droit positif, cette obligation est soit le fruit de la volonté unilatérale de l'offrant, lorsque celui-ci a assorti son offre d'un délai express d'acceptation, soit, en l'absence d'un tel délai, le produit d'une règle jurisprudentielle qui impose à l'auteur d'une offre faite à personne déterminée de la maintenir pendant un délai raisonnable

24 - A. 6, 3.

d'acceptation, dont la durée est souverainement déterminée par le juge, selon les circonstances et la nature du contrat.

15. Sur ce point, on se contentera, dans la perspective d'une éventuelle réforme de notre droit des contrats, de mentionner une spécificité émanant des *Principes* Lando. Outre les solutions exposées, le pouvoir de révoquer librement l'offre est exclu lorsque « son destinataire était raisonnablement fondé à la croire irrévocable et s'il agi sur la foi de l'offre »[25]. C'est donc ici encore la protection de la confiance légitime qui est à l'honneur et qui canalise la liberté de l'offrant et la conception du contrat « comme relation de confiance »[26] qui est déclinée par ces *Principes*. Conception qui irrigue aussi les sanctions des comportements des négociateurs du contrat qu'il convient désormais d'examiner.

§ 2 : Les sanctions

16. Pour apprécier la portée d'une éventuelle substitution des différents projets de réforme à notre droit positif, en matière de sanctions des comportements précontractuels, on tentera de répondre à deux questions : d'une part, le négociateur victime peut-il exiger la conclusion forcée du contrat ou doit-il se contenter d'une réparation par équivalent (A) ? ; d'autre part, quels sont les préjudices réparables (B) ?

A. Conclusion forcée ou réparation par équivalent ?

17. La question d'un tel choix se pose, en premier lieu, à l'occasion de la rupture déloyale d'une négociation. Sur ce point, on passera rapidement, car les corps de règles comparés convergent plus qu'ils ne divergent. En principe, la victime d'une rupture déloyale d'une négociation contractuelle ne peut pas exiger que son partenaire de mauvaise foi soit condamné à reprendre la négociation déloyalement rompue ou à conclure le contrat négocié[27], la liberté contractuelle et des considérations pratiques s'y opposent. Il ne peut en aller autrement, et la conclusion forcée du contrat dont la négociation a été déloyalement rompue pourra être judiciairement constatée, que dans l'hypothèse où, avant cette rupture, un accord partiel sur les éléments essentiels du contrats avait d'ores et déjà été conclu, et que seuls des éléments objectivement accessoires restaient à négocier. Cette solution adoptée par la jurisprudence française[28] est expressément retenue par les *Principes* Lando qui énoncent que « Un

25 - A. 2 : 202 (3) (c).

26 - Horatia Muir-Watt, Les pourparlers : de la confiance trompée à la relation de confiance, *in* Les concepts contractuels français à l'heure du droit européen des contrats , Dalloz, 2003, p. 53, sp. n° 9.

27- En ce sens, F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Droit civil, Les obligations, Dalloz, 2005, n° 186.

28 - En ce sens, Cass. Req. 1er décembre 1885 : S.1887.1.167 ; F. Terré et Y. Lequette, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, Dalloz, 2000, n° 146.

accord est suffisant si ses termes ont été définis par les parties de telle sorte que le contrat puisse être exécuté (...) »[29]. Et tant en droit français positif que dans ces *Principes,* il est par ailleurs admis, dans un tel cas de figure, que la force de la liberté contractuelle peut faire échec à la conclusion d'un contrat dont les éléments essentiels ont déjà été négociés. En effet, les négociateurs peuvent avoir stipulé que la perfection du contrat négocié suppose que leurs volontés se soient accordées, non seulement sur les éléments essentiels du contrat, mais aussi sur ses éléments accessoires[30].

18. Mais c'est, en second lieu, à propos de la sanction de la révocation abusive d'une offre de contracter que des divergences sensibles apparaissent. En droit positif français, la Cour de cassation n'a jamais admis que la révocation abusive d'une offre pouvait être sanctionnée, fût-ce à titre de réparation en nature, par la conclusion forcée du contrat à la demande du destinataire de l'offre. Celui-ci ne peut obtenir, dans un tel cas de figure, que des dommages-intérêts[31]. La raison de cette solution tient à ce que « la reconnaissance d'un pouvoir coercitif du juge pour former un contrat que l'un des partenaires répudie met directement en cause la conception traditionnelle du contrat »[32] et porterait une atteinte par trop frontale au dogme, encore assez vivace, de l'autonomie de la volonté et au principe de la liberté contractuelle. En revanche, les trois projets de réforme adoptent à l'unisson une solution différente, mais avec quelques variantes. Dans chacun d'entre eux, lorsque l'offrant s'est engagé à maintenir son offre de contracter pendant un délai déterminé, sa révocation est inefficace et ne peut donc pas faire obstacle à la formation du contrat, si l'acceptant expédie son acceptation pendant le délai en question. Cette identité de solutions ne rime pas nécessairement avec une unité de fondement. Les rédacteurs de l'avant-projet français se sont inspirés de la doctrine de M. Aubert qui considère que l'offre, « lorsqu'elle est adressée à personne déterminée et qu'elle comporte , en outre, la stipulation d'un délai précis » est « un acte juridique- et, plus précisément, un engagement unilatéral de volonté ». « Par là, l'offrant s'oblige directement à maintenir sa proposition pendant tout le temps qu'il a fixé ; si donc il la révoque et qu'une acceptation intervienne ultérieurement, mais alors que le délai n'est pas encore expiré, le contrat se forme malgré cette volonté de révocation, juridiquement inefficace »[33]. Dans les projets de réforme européens, c'est manifestement l'idée de confiance légitime et de protection

29 - A. 2 :103 (1).

30 - En ce sens, en droit français positif, v. A. Laude, La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat, PUAM, 1992, sp. n° 433 et s., et l'a. 2 :103 (2) des Principes du droit européen du contrat.

31 - En ce sens, G. Viney, Traité de droit civil, Introduction au droit de la responsabilité, LGDJ, 1995, sp. n° 198.

32 - G. Viney, *op. et loc. cit.*

33 - J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, Droit civil, Les obligations, 1. L'acte juridique, Sirey, 2006, sp. n° 143.

des attentes raisonnables qui constitue la justification de la solution[34], comme en témoignent d'ailleurs les autres hypothèses dans lesquelles ces projets admettent l'inefficacité de la révocation de l'offre. Dans les *Principes* Lando, le contrat est, en effet, formé, en dépit de la révocation de l'offre, lorsque « son destinataire était raisonnablement fondé à la croire irrévocable et s'il a agi sur la foi de l'offre »[35]. De même dans l'*avant-projet* Gandolfi, « Une offre est irrévocable (...) si, sur la base de précédents rapports intervenus entre les parties, des tractations, du contenu des clauses ou de la coutume, on peut raisonnablement la réputer comme telle »[36].

Dans l'hypothèse où la négociation contractuelle est rompue, il faut rechercher les préjudices dont le négociateur victime pourra obtenir réparation.

B. Les préjudices réparables

19. Sur ce point, on sera assez bref, étant donné la proximité des solutions adoptées dans les corps de règles comparés ou leur silence sur ce point. *A priori,* le droit positif français est en phase avec l'*Avant-projet* Gandolfi qui énonce, dans son article 6, alinéa 4, que « la partie qui a agi à l'encontre de la bonne foi est tenue de réparer le dommage subi par l'autre partie au maximum dans la mesure des frais engagés par cette dernière au cours des tractations en vue de la stipulation du contrat, ainsi que de la perte d'occasions similaires causée par les tractations pendantes ». En effet, si la Cour de cassation admet la réparation des pertes éprouvées par le négociateur, victime de la rupture fautive, à savoir les dépenses et investissements effectués à l'occasion de la négociation, tels le coût d'études préalables et les frais de conseil ou d'audit, elle a affirmé, dans deux arrêts[37], que, faute de lien causal entre la rupture fautive de la négociation et la perte d'une chance de réaliser les gains inhérents à la conclusion du contrat négocié, ce préjudice était irréparable.

20. Ces décisions inspirent deux réflexions. D'une part, il n'est pas certain qu'en application des règles relatives à la négociation contractuelle des *Principes* Lando, fortement irrigués par l'idée de confiance légitime, une solution identique serait retenue. En effet, il est

34 - En ce sens, v. Ph. Rémy, *eod. loc.*,sp. n° 21 ; P. Rémy-Corlay, L'existence du consentement, *in* Les concepts contractuels français à l'heure du droit européen des contrats, Dalloz, 2003, p. 29, sp. n° 41.

35 - A. 2 : 202, (3), (c).

36 - A. 17, 1.

37- Cass. com. 26 novembre 2003, D. 2004, p. 869, note A.-S. Dupré Dallemagne ; JCP G 2004, I, 163, obs. G. Viney ; JCP E 2004, 738, obs. Ph. Stoffel-Munck ; RDC 2004, 257, obs. D. Mazeaud ; RTDciv.2004, 80, obs. J. Mestre et B. Fages ; Cass. 3ème civ. 28 juin 2006 : D. 2007, 2963, note D. Mazeaud ; JCP 2006, II, 10130, obs. O. Deshayes.

concevable de penser que la trahison des attentes raisonnables du négociateur floué dans la conclusion du contrat négocié puisse provoquer un préjudice consistant « dans la perte d'une chance de bénéficier de la conclusion de ce contrat »[38]. D'autre part, si on comprend bien la motivation des arrêts de la Cour de cassation, les préjudices subis à l'occasion de la rupture fautive des pourparlers ne sont réparables qu'à la condition qu'ils aient bien été causés par cette faute ; *a contrario,* ceux qu'auraient subi le négociateur victime indépendamment de toute faute dans la rupture sont irréparables. Prise au pied de la lettre, une telle motivation exclut donc aussi la compensation des pertes financières éprouvées à l'occasion du déroulement de la négociation, de même que la perte d'une chance de conclure un même contrat avec un tiers, lesquelles auraient été nécessairement subies du seul fait de la rupture de la négociation, sauf à apporter la preuve que l'auteur de la rupture a entamé ou poursuivi des négociations, sans jamais avoir ou sans plus avoir l'intention de les mener à terme.

J'en ai terminé avec l'étude comparée du comportement des négociateurs du contrat, il est temps de s'arrêter sur les règles qui, dans les différents corps de règles étudiés, président à la formation proprement dite du contrat négocié.

Section II - La formation du contrat négocié

21. La formation du contrat négocié suppose que l'existence d'une rencontre de volontés (§ 1) dont l'appréciation de la portée (§ 2) suscite parfois quelques difficultés.

§ 1 : L'existence d'une rencontre de volontés

22. L'existence de la rencontre des volontés, condition selon les cas nécessaire ou suffisante dans la perspective de la formation du contrat suppose que l'offre ferme et précise de contracter rencontre une acceptation dont les formes (A), la transmission (B) et la conformité à l'offre (C), constituent autant de questions qui doivent être examinées.

A. Les formes de l'acceptation

23. Sur ce point précis, on ne peut que constater les convergences entre tous les corps de règles comparés, lesquels énoncent que constituent une acceptation tout acte ou comportement du destinataire de l'offre qui révèlent sa volonté de l'accepter. De même, le silence fait l'objet d'un traitement identique en droit positif et dans les projets

38 - J. Mestre et B. Fages, obs. préc., sp. p. 84.

de réforme. En principe, « Qui ne dit mot, refuse ! », cependant, les circonstances peuvent rendre le silence juridiquement éloquent : il vaut acceptation, dans les cas où la loi le prévoit, lorsque les négociateurs en ont convenu ainsi, en cas de relations d'affaires antérieures, quand un usage professionnel lui accorde une telle signification et si l'offre est faite dans l'intérêt exclusif de celui auquel elle est adressée, étant entendu, dans ce dernier cas, que l'intérêt du contrat offert neutralise le silence du destinataire de l'offre et lui imprime la valeur d'une acceptation[39].

B. La transmission de l'acceptation

24. L'étude de la transmission de l'acceptation conduit à examiner les questions du délai dans lequel celle-ci doit intervenir et de la date à laquelle le contrat est réputé formé.

Pour la première d'entre elles, il apparaît à l'examen des corps de règles comparés que l'acceptation doit intervenir, soit dans le délai fixé dans l'offre, soit dans un délai raisonnable. On ajoutera simplement, d'une part, qu'en droit français positif, l'offrant qui souhaite une réponse rapide à sa proposition de contracter a tout intérêt à le chiffrer avec précision, puisque la Cour de cassation a récemment décidé qu'une offre mentionnant une « réponse immédiate souhaitée » est réputée faite sans stipulation de terme et doit donc seulement être acceptée dans un délai raisonnable[40]. D'autre part, dans les projets de réforme européens, toujours au nom de la protection des attentes raisonnables des parties[41] une acceptation tardive n'exclut pas nécessairement la formation du contrat, si l'offrant informe promptement l'acceptant qu'il la considère comme efficace[42], de même que si le retard n'est pas imputable à ce dernier[43], sauf volonté contraire exprimée sans retard par l'offrant[44].

25. Quant, en second lieu, à la question de la date de formation du contrat, elle fait apparaître des divergences assez sensibles. En droit positif, on sait que le contrat est réputé formé, sauf stipulation contraire, dès l'émission de son acceptation par le destinataire de l'offre[45]. Solution qui s'inscrit dans la perspective d'une conception volontariste

39 - Pour une appréciation assez lâche de ce critère, v. Cass. civ. 1ère, 24 mai 2005, RDC 2005, 1007, obs. D. Mazeaud.

40 - Cass. civ. 3ème 25 mai 2005, Contrats, conc., consomm., 2005, comm. n° 166, obs. L. Leveneur ; JCP 2005, II, 172, obs. P. Grosser ; RDC 2006, 311, obs. D. Mazeaud ; RTDciv. 2005, 772, obs. J. Mestre et B. Fages.

41 - En ce sens, Ph. Rémy, *eod. loc.*, sp. n° 21.

42 - A. 2 : 207, (1), des Principes du droit européen du contrat et 16, 5) de l'Avant-projet de code européen des contrats.

43 - A. 2 : 207, (2) des Principes du droit européen du contrat et 15, 4) de l'Avant-projet de code européen des contrats.

44 - A. 2 : 207, (2) des Principes du droit européen du contrat.

45 - Cass. com. 7 janvier 1981 : RTDciv. 1981, 849, obs. F. Chabas.

du contrat, en vertu de laquelle il suffit, pour sa formation, que deux volontés se rencontrent, sans qu'il soit donc nécessaire que ceux qui les ont solitairement émises sachent que leurs volontés respectives ont rencontré l'âme soeur. Les projets de réformes retiennent une solution sensiblement différente puisqu'ils adoptent tous la règle selon laquelle le contrat n'est formé qu'à la date de réception de l'acceptation[46] : l'offrant ne peut donc pas être contractuellement engagé à l'insu de son plein gré... Le sort du contrat est donc entre les mains de l'acceptant et échappe à la volonté unilatérale de l'offrant. En effet, il suffit pour que le contrat soit formé que le destinataire de l'offre l'expédie et que celle-ci parvienne à l'acceptant, « dans les délais », dans la mesure où le report de la date de formation du contrat à la réception de l'acceptation de l'offre, s'il permet à l'acceptant de rétracter son acceptation entre le moment où il l'a expédiée et celui où l'offrant la reçoit, n'accorde pas, pour autant, à l'offrant le pouvoir de révoquer son offre dès lors que l'acceptation a été expédiée dans le délai fixé ou raisonnable[47].

26. Reste à évoquer l'hypothèse de l'influence du décès ou de l'incapacité de l'offrant survenue entre l'émission de l'offre et l'émission ou la réception de l'acceptation. Font-ils échec à la formation du contrat, alors même que les règles relatives à la transmission de l'acceptation, précédemment décrites, ont été respectées ? « Oui ! » répond le droit français positif et prospectif : le décès ou l'incapacité de l'offrant provoquent la caducité de l'offre et empêchent, en dépit de l'acceptation émise dans un délai raisonnable, la formation du contrat, exception faite, au moins dans l'avant-projet Catala, du cas où un délai avait été fixé dans l'offre faite à personne déterminée et respecté par l'acceptant, pour manifester sa volonté de contracter. « Non ! » réplique l'*Avant-projet* Gandolfi, très protecteur des attentes raisonnables du destinataire de l'offre, dont l'article 18 dispose qu'« En cas de décès ou d'incapacité de l'auteur de l'offre (...), l'offre ne perd pas son efficacité, sauf si cela est justifié par la nature de l'affaire ou par les circonstances ».

L'exception française et le principe européen, aux termes desquels l'offre acquiert parfois une autonomie par rapport à la volonté et à la personnalité de celui qui les a émises reposent pour celui-ci sur la protection des attentes raisonnables du destinataire de l'offre et pour celle-là sur une application implicite de l'engagement unilatéral de volonté.

Reste qu'aucun des corps de règles ne proposent une solution véritablement suffisante pour l'esprit, lequel supposerait, pour être vraiment satisfait, que soit retenue la suggestion aussi simple que lumineuse

46 - A. 1107 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription ; A. 2 : 206 des Principes du droit européen du contrat ; A. 16, 2), de l'Avant-projet de code européen des contrats.

47- A. 1105-2 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription ; A. 2 : 206 des Principes du droit européen du contrat A. 15, 1), de l'Avant-projet de code européen des contrats.

du spécialiste des causes universitaires perdues, la mienne en l'occurrence, à savoir notre « subtilissime » rapporteur de synthèse. Dans son ouvrage consacré au droit des obligations, Alain Bénabent écrit, en effet, « La solution logique serait de distinguer selon que la personnalité du cocontractant est déterminante ou non : si oui (contrat intuitu personnae), le décès rend l'offre caduque comme il rendra le contrat lui-même caduc ; sinon le contrat peut parfaitement être conclu (...)»[48]. CQFD !

Outre son expression et sa transmission, l'acceptation suppose, pour emporter la formation du contrat, qu'elle soit conforme à l'offre à laquelle elle répond.

C. La conformité de l'acceptation

27. On s'attardera pas sur ce point, car avec plus ou moins de détails, les corps de règles comparés émettent des solutions identiques. Toutes, en effet, énoncent explicitement ou implicitement le principe selon lequel l'identité entre l'offre et l'acceptation constitue une condition de formation du contrat et que, par conséquent, une acceptation qui n'est pas conforme à l'offre n'emporte pas la formation du contrat et vaut, au mieux, une offre nouvelle[49].

Mais alors que l'*Avant-projet* Catala en reste à ce degré de généralité, notre droit positif et les projets européens apportent des tempéraments au principe susvisé, lequel ne joue que si les modifications ou les adjonctions que comportent la réponse du destinataire de l'offre portent sur des éléments essentiels de l'offre et en altèrent substantiellement le contenu. En revanche, lorsque les contre-propositions du destinataire de l'offre n'apportent pas de modification substantielle à l'offre, mais qu'elles se limitent à de simples précisions relatives à son objet ou à rappeler l'application des règles légales auxquelles le contrat négocié sera nécessairement soumis, elles ne font pas échec à la formation du contrat dans le contenu duquel elles sont alors incorporées[50], faute de volonté contraire exprimée par l'offrant[51].

Si le constat de la rencontre des volontés permet de conclure à la formation du contrat, sinon à sa validité, la détermination du contenu de celui-ci exige parfois que soit appréciée la portée de cette rencontre.

48- A. Bénabent, Droit civil, Les obligations, Domat, 2005, sp. n° 60.

49 - En ce sens, pour le droit positif français, A. Bénabent, *op. cit.*, sp. n° 65 ; J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *op. cit.*, sp. n° 147 ; F. Terré, Ph.Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, sp. n° 121, et les articles 1105-5, al. 2, de l'avant-projet Catala, 2 : 208, (1), des Principes Lando et 16, 7) de l'avant-projet Gandolfi.

50 - En ce sens, pour le droit positif français, A. Bénabent, op. et loc. cit. ; J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *op. et loc. cit.* ; F. Terré, Ph.Simler, Y. Lequette, *op. et loc. cit.*, et les articles 2 :208, (2), des Principes Lando et 16, 7) de l'avant-projet Gandolfi.

51 - A. 2 : 208, (3) des Principes Lando.

§ 2 : La portée de la rencontre des volontés

28. La portée de la rencontre des volontés pose difficultés lorsqu'un des contractants se prévaut, lors de l'exécution du contrat, de clauses qui n'ont pas été négociées individuellement (A), ou en cas de conflit entre les conditions générales (B) respectives des contractants.

A. L'opposabilité des clauses non négociées

29. L'unanimité sur ce point peut semble-t-il être relevée, en dépit de différences qui paraissent plus formelles que réelles. En droit positif[52] comme dans *l'Avant-projet Gandolfi*[53], étant entendu que l'*Avant-projet* Catala ne souffle mot de cette difficulté, l'opposabilité d'une clause non négociée est, en principe, exclue. Seules les clauses contractuelles, dont chacun a pu effectivement et matériellement prendre connaissance, et qui ont été acceptées, lors de la négociation, sont incorporées au contrat, et peuvent être invoquées par l'un ou l'autre des contractants au cours de son exécution.

Si on s'arrête à la lettre du texte que les *Principes* Lando leur consacrent, les clauses non négociées sont autrement plus efficaces puisqu' « elles ne peuvent être invoquées à l'encontre d'une partie qui ne les connaissait pas que si la partie qui les invoque a pris des mesures raisonnables pour attirer sur elles l'attention de l'autre avant la conclusion du contrat ou lors de cette conclusion »[54]. A première vue, « en admettant une présomption de consentement fondée sur des mesures raisonnables »[55], les *Principes* Lando paraissent « *énoncer une règle incompatible avec le droit français* »[56]. A la réflexion, le risuqe d'incompatibilité est réduit dès lors que « la preuve du consentement résulte de présomptions de fait constituées par les mesures raisonnables » évoquées et que « ces présomptions seront proches des manifestations de volontés » que retient la jurisprudence française « pour admettre l'existence d'un consentement qui peut être tacite »[57] aux clauses en question.

Et on ajoutera, pour conclure sur ce point, que tant en droit positif que dans les *Principes* Lando, il est précisé que la seule référence faite à une telle clause dans document paracontractuel est impuissante à la rendre efficace[58].

---

52 - En ce sens, v. A. Bénabent, *op. cit.* sp. n° 67 ; J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *op. cit.* , sp. n° 156 ; F. Terré, Ph.Simler, Y. Lequette, *op. cit.* , sp. n° 122.

53 - A. 33.

54 - A. 2 : 104, (1).

55 - D. Velardocchio, Clauses n'ayant pas été l'objet d'une négociation individuelle, *in* Regards croisés sur les principes du droit européen du contrat et sur le droit français, PUAM, 2003, p. 173, sp. n° 4.

56 - *Ibid.*, sp. n° 3.

57 - *Ibid.*, sp. n° 4.

58 - En ce sens, en droit français, v. A. Bénabent, *op. cit.* sp. n° 67 ; J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *op. cit.*, sp. n° 156 ; F. Terré, Ph.Simler, Y. Lequette, *op. cit*., sp. n° 122.

Une dernière question doit être étudiée pour achever ce panorama comparatif de la période précontractuelle, celle du conflit entre les conditions générales des contractants.

B. Le conflit des conditions générales

30. On ne peut pas dire que l'hypothèse de la contradiction entre les conditions générales auxquelles renvoient respectivement l'offre et l'acceptation qui suscite un litige entre les parties au contrat, suscite une grande attention en France. Les ouvrages de droit des obligations, quand ils l'abordent (ce qui est rare), précisent que les clauses contradictoires stipulées dans les conditions générales respectives des contractants « *s'annulent* »[59], ce qui signifie qu' « elles ne font pas partie du contrat »[60]. Quant à l'*Avant-projet* Catala, il n'évoque pas la question, pas plus que l'*Avant-projet* Gandolfi. En revanche, les *Principes* Lando lui consacrent un texte[61] qui comporte des règles assez détaillées. En vertu de celles-ci, une telle contradiction n'est pas incompatible avec la formation du contrat, sauf volonté contraire, mais les conditions générales contradictoires ne sont pas intégrées dans le contrat, faute de consentement.

Autant dire que sur ce point, comme sur beaucoup d'autres, la substitution d'un droit européen au droit positif français n'emporterait pas une profonde mutation de ce dernier et ne provoquerait donc pas une révolution contractuelle. Raison pour laquelle, on peut, en guise de conclusion, s'exclamer : « N'ayons pas peur du droit européen du contrat » !

59 - F. Terré, Ph.Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, sp. n° 123.

60 - J.-M. Mousseron, M. Guibal, D. Mainguy, *op. cit.*, sp. n° 384.

61 - A. 2 : 209.

ANALYSE COMPAREE DE LA RESPONSABILITE PRECONTRACTUELLE DANS LES DROITS EUROPEENS

John Cartwright*
Reader in the Law of Contract, Université d'Oxford,
Professor of Anglo-American Private Law, Université de Leyde

La responsabilité précontractuelle dans une approche comparatiste constitue un sujet aussi ambitieux, complexe et paradoxal[1] qu'un jardin anglais[2]. Aussi, il nous faut préciser le sujet, et quant à son étendue, et quant à la perspective que nous nous proposons d'adopter. Dans sa contribution sur « La période précontractuelle en droits positif et prospectif français, européen et international » Denis Mazeaud a présenté l'état du droit français et a proposé des comparaisons avec les droits supranationaux européens tels les *Principes du droit européen des contrats*. Notre contribution ne porte ni véritablement sur le droit français (entendu comme le droit positif ou le droit prospectif de l'*Avant-projet Catala*), ni sur les *Principes du droit européen des contrats*. Notre étude se concentre plutôt sur les droits nationaux européens afin de mettre en lumière les ressemblances et les différences entre les approches retenues dans les différents systèmes juridiques au sujet de la phase précontractuelle ; ressemblances et différences qui sont parfois très marquées et dont l'examen permet d'apprendre beaucoup pour comprendre son propre système.

Le choix de ce sujet a été inspiré par le projet de droit comparé intitulé *La responsabilité précontractuelle en droit privé européen*,

* - Je tiens à remercier Mlle Geneviève Helleringer pour ses observations précieuses sur des versions précédentes de ce texte.

1 - Cf. D. Mazeaud, Mystères et paradoxes de la période précontractuelle, Etudes offertes à Jacques Ghestin, 2001, p. 637.

2 - Par exemple E. Hondius (sous dir.), Precontractual Liability : Reports to the XIIIth Congress, International Academy of Comparative Law, Kluwer, 1991 ; S. van Erp, The Pre-Contractual Stage *in* A. S. Hartkamp, M. W. Hesselink, E. H. Hondius, C. A. Joustra, et M. Veldman (sous dir.), Towards a European Civil Code, 3e éd, Kluwer Law International, 2004, ch. 20 ; Principes du droit européen du contrat, version française préparée par G. Rouhette avec le concours de I. de Lamberterie, D. Tallon, C. Witz, Société de législation comparée, 2003, art. 2 : 301 et son commentaire p. 150 et s. ; J. Ghestin et B. Nicholas, Obligation de renseignements *in* D. Tallon et D. Harris (sous dir.) Le Contrat aujourd'hui : Comparaisons franco-anglaises, L.G.D.J., 1987, ch. III ; N. Cohen, Pre-Contractual Duties : Two Freedoms and the Contract to Negotiate in J. Beatson et D. Friedmann (sous dir.), Good Faith and Fault *in* Contract Law, Oxford University Press, 1995, p. 25 ; F. Kessler et E. Fine, *Culpa in contrahendo*, Bargaining in Good Faith and Freedom of Contact : A Comparative Study, 77 Harvard Law Review 401 (1964).

réalisé dans le cadre du *Common Core of European Private Law*[3] lancé à l'université de Trente en Italie [4]. Chaque projet du *Common Core* réunit un groupe de juristes issus des différents pays européens. Chaque participant au projet est chargé de préparer un rapport sur son propre système juridique. Quant à sa méthodologie, le projet s'inspire en grande partie du projet de *Common Core* de Rudolph Schlesinger à l'université de Cornell aux Etats-Unis dans les années soixante, c'est-à-dire une comparaison des droits nationaux à travers une comparaison des solutions apportées à des cas pratiques dans chaque système[5]. Le but du projet sur la responsabilité précontractuelle - comme de tous les projets du *Common Core* - consiste à réaliser une cartographie. En d'autres termes, l'objectif n'est pas de proposer de solutions « idéales » sur les différents thèmes de l'étude, ni de rédiger des articles pour un hypothétique code européen des contrats. Il est, au travers de l'exercice comparatif, de découvrir - au sens étymologique du terme, de faire apparaître - le droit positif de chaque pays et d'en dresser la cartographie juridique. Cet exercice comparatif suppose d'identifier les ressemblances et les différences à différents niveaux : dans la solution aux cas pratiques étudiés (par exemple, mise en jeu de la responsabilité ou non ; différences entre les sanctions applicables, quantification des dommages-intérêts...), dans le raisonnement, dans les techniques juridiques mobilisées (par exemple, responsabilité contractuelle ou extracontractuelle ; responsabilité fondée sur un principe général, telle la bonne foi, ou fondée sur une règle particulière). Les rapporteurs nationaux[6] présentent la solution offerte par le droit positif de leur propre système pour chacun des treize cas pratiques. Ces cas ont été rédigés afin de découvrir l'essentiel du droit des pays européens concernant la période précontractuelle. Le projet comprend seize droits nationaux. Les chefs de projet de l'étude préparent ensuite les conclusions de manière comparative sur chaque cas pratique, et globalement sur l'étude dans son entier.

Notre présentation de la responsabilité précontractuelle dans les droits européens consiste ici en un tour d'horizon très bref et très général du projet du *Common Core*, un « avant-goût » de notre ouvrage

3 - Precontractual Liability in European Private Law, sous dir. de J. Cartwright (université d'Oxford) et M. Hesselink (université d'Amsterdam), Cambridge University Press, à paraître 2008.

4 - A partir de 2007, le siège du projet du *Common Core* s'est déplacé de Trente à Turin.

5 - R. B. Schlesinger (sous dir.), Formation of contracts, a study of the common core of legal systems, Oceana, 1968. La méthodologie du *Common Core* s'inspire aussi de la théorie de Rodolfo Sacco : R. Sacco, Legal Formants : A Dynamic Approach To Comparative Law, 39 American Journal of Comparative Law (1991), p. 1 : v. M. Bussani et U. Mattei, The Common Core Approach to European Private Law, 3 Columbia Journal of European Law (1997/1998), p. 339 ; M. Bussani et U. Mattei, Preface : The Context, in M. Bussani et U. Mattei (sous dir.), The Common Core of European Private Law, Kluwer Law International, 2003, p. 1.

6 - Dont Olivier Deshayes et Grégory Maître, qui ont préparé le rapport sur le droit français de la responsabilité précontractuelle.

qui est sur le point de paraître. La première partie esquissera une comparaison des rapports nationaux à l'égard d'un seul cas pratique du projet. Dans la seconde partie, nous proposerons quelques remarques comparatives plus générales sur la responsabilité précontractuelle.

Section I - Comparaisons des droits européens nationaux à partir d'un cas pratique

§ 1 : Présentation du cas pratique

Le cas que nous avons sélectionné à titre d'exemple de la méthodologie de notre projet du *Common Core* est paradoxalement à la fois très simple et très complexe. Il met en scène des négociations entamées en vue de la fusion de deux cabinets d'experts-comptables, les cabinets A et B. Durant les négociations, le cabinet A met fin au processus. Voilà la situation, dans toute sa simplicité. La complexité se dessine à travers les variantes proposées, qui sont soumises aux rapporteurs. Nous les indiquons ici dans une version simplifiée :

1° : au moment où le cabinet A met fin unilatéralement aux négociations, celles-ci se sont déroulées de façon très intense pendant une période de trois années déjà, les deux parties ayant engagé des dépenses importantes, mais sans arriver à un accord sur les éléments principaux du contrat ;

2° : le cabinet A rompt les négociations peu de temps après leur initiation, mais alors que les parties sont d'ores et déjà d'accord sur les éléments principaux du contrat, quelques petits détails seulement restant à préciser.

Par ailleurs, on ajoute à ce double canevas des variations sur les motivations du cabinet A pour rompre les négociations.

La question suivante émerge et c'est cette même question d'ailleurs qui se pose dans presque tous les cas pratiques de l'étude : est-ce que le cabinet A engage sa responsabilité à l'égard du cabinet B ? Si oui, est-ce une responsabilité de nature contractuelle ? délictuelle (*tort*) ? un enrichissement sans cause (*restitution for unjust enrichment*) ? ou faut-il y déceler un fondement autre ?

§ 2 : Les réponses des rapporteurs nationaux

Ce cas pratique est destiné à identifier l'approche de chaque système quant à la rupture de négociations précontractuelles à des stades différents et pour des raisons différentes. Les réponses des

rapporteurs nationaux sont très révélatrices. Le point de départ dans toutes les juridictions est que chaque partie à la négociation est en droit de se retirer des négociations. A chaque rapporteur se pose alors la question suivante : quand le cabinet A se retire, est-ce que celui-ci a déjà dépassé les bornes ; a-t-il franchi la ligne qui entoure la zone marquant la liberté de se retirer sans frais ni dommages ? Et, si oui, à quel moment, ou en conséquence de quel fait a-t-il traversé cette ligne ? S'agit-il du seul fait que les négociations se sont déroulées pendant une période très longue ? Du fait que les parties sont parvenues à un accord sur les éléments principaux du contrat ? Ou bien du fait que le cabinet A a rompu les négociations sans avoir de motifs légitimes ?

A. Les négociations longues

S'agissant des négociations longues, certains systèmes juridiques donnent la réponse très simple suivante : le droit de se retirer des négociations existe jusqu'au moment de la formation du contrat lui-même, quelle que soit la durée des négociations et sans qu'il ne pèse sur l'auteur de la rupture d'obligation de justification. Ainsi, la partie qui se retire n'engage sa responsabilité que si elle s'était contractuellement engagée - par un « avant-contrat » - à ne pas se retirer ou si elle avait fait une déclaration inexacte (*misrepresentation*) engageant alors sa responsabilité extracontractuelle. Cette solution est celle des systèmes de *common law* - le droit anglais, irlandais, écossais. Faire des déclarations inexactes, ou par dol, ou par négligence, constitue en effet un *tort* - un acte délictuel ou quasi délictuel. Mais les systèmes de *common law* ne reconnaissent pas de principe général ni de responsabilité précontractuelle, ni de faute précontractuelle.

En revanche, tous les autres systèmes de l'étude, souvent dits « civilistes », reconnaissent par principe la possibilité d'une responsabilité plus générale durant la période précontractuelle. Ils utilisent le langage de la responsabilité précontractuelle, de la faute précontractuelle, de la *culpa in contrahendo*, ou de l'obligation de négocier de bonne foi. Il y a quand même des différences parmi les solutions proposées dans les systèmes civilistes. Certains, la plupart même, des droits nationaux affirment que la durée des négociations ne constitue pas, par elle-même une source de responsabilité de la partie qui les rompt. Mais dans quelques juridictions, la durée peut donner lieu à une obligation de justifier la rupture des négociations.

On peut noter que, dans le cas où le cabinet A a découvert une raison suffisante de rompre les négociations, mais ne l'a pas communiquée tout de suite au cabinet B, les systèmes civilistes retiennent unanimement que le cabinet A engage sa responsabilité. Par la suite, des dommages-intérêts sont dus pour réparer le préjudice subi par le cabinet B après la date à laquelle le cabinet A aurait dû l'informer de sa rétractation des négociations.

Le langage - les concepts - ne sont pas cependant identiques. Par exemple, les droits français, grecs, italien et portugais parlent d'un manquement à l'obligation de négocier de bonne foi ; les droits autrichien, allemand et suisse parlent de la responsabilité sous le régime de la *culpa in contrahendo* ; les droits espagnol, norvégien et suédois retiennent un manquement à l'obligation d'information. Mais même dans ce cas-ci, où, rappelons-le, le cabinet A n'a pas informé le cabinet B de sa décision de ne pas poursuivre les négociations, le droit anglais et le droit irlandais ne sanctionnent pas ce silence. Et ceci parce que le cabinet A n'est pas lié par un avant-contrat sur cette question et n'a fait aucune déclaration inexacte. Curieusement, le droit écossais ne rejette pas la responsabilité de façon aussi définitive, et se pose la question de savoir si le cabinet A peut engager sa responsabilité civile : le droit écossais (système dit « mixte », partageant les traditions de *common law* et civiliste) ne reconnaît pas l'obligation de négocier de bonne foi, mais il est peut-être un peu plus ouvert que ses proches, pays de *common law* plus pure, à reconnaître de telles notions.

B. Un accord sur les éléments principaux du contrat

Dans le cas où les parties sont déjà d'accord sur les éléments principaux du contrat, on trouve de plus grandes différences entre les systèmes. Comme toujours, les pays de *common law* rejettent la responsabilité. Un accord sur les éléments principaux ne suffit pas pour créer le contrat. En dehors de l'hypothèse d'une déclaration inexacte, on ne trouve pas de fondement pour engager la responsabilité extracontractuelle. Les parties sont alors en droit de se retirer des négociations sans devoir expliquer leurs motifs, même sans avoir de bons motifs.

Dans les systèmes « civilistes », les solutions divergent. Quelques-uns (dont les droits allemand et suédois) retiennent que les parties sont libres de se retirer jusqu'au moment de la conclusion du contrat. En d'autres termes, un accord partiel n'est pas un contrat, et ne met pas les parties en mesure de croire légitimement que le contrat final sera conclu, ce qui est le fondement de la responsabilité sous le régime de la *culpa in contrahendo*[7]. D'autres (dont le droit suisse) voient dans cette situation un accord préalable que le juge pourra compléter, si bien que c'est la responsabilité contractuelle qui est engagée. Les autres pays, soit la majorité, estiment que le stade avancé des négociations - qualifié d' « avancé » au regard du résultat escompté des négociations - implique que la partie qui les rompt doit motiver ou justifier la rupture. La responsabilité éventuelle dépend donc de la motivation ou de la justification

7 - En droit allemand, par exemple, l'offre a une portée très importante et la partie à la négociation n'est pas en droit de croire légitimement que le contrat final sera conclu avant qu'une offre soit faite ; cf. BGB art. 145 (sauf indication contraire, l'auteur de l'offre est lié par son offre) ; S. Lorenz, Die *culpa in contrahendo* im französische Recht, ZEuP 2 (1994) 218, p. 227.

de la rupture. Presque tous ces systèmes qualifient une telle responsabilité de responsabilité extracontractuelle - en délit ou quasi-délit (*tort*) - ou de « responsabilité précontractuelle », les dommages-intérêts étant calculés afin de réparer les pertes subies, typiquement les dépenses déjà faits : les dommages-intérêts souvent dits de « *reliance interest* » à la différence des dommages-intérêts d' « *expectation interest* » sous le régime contractuel qui sont calculés afin de réparer les gains attendus dont le créancier a été privé[8].

Mais le droit néerlandais se tient à l'écart des autres systèmes. Il divise les négociations en trois parties. Au début des négociations, chaque partie est en droit de s'en retirer sans frais ni dommages : c'est la période de liberté totale. Pendant le deuxième stade des négociations, la partie reste libre de se retirer, mais doit payer les dommages-intérêts afin de réparer le préjudice subi par l'autre partie : ses dépenses, « *reliance interest* ». Pendant le troisième stade, la partie n'est plus en droit de se retirer : si elle rompt les négociations elle doit payer les dommages-intérêts qui peuvent même inclure la réparation du préjudice consistant dans la perte du contrat lui-même, « *expectation interest* » ; ou bien le juge peut l'ordonner de poursuivre les négociations. La cour suprême des Pays-Bas a parfois fondé ces principes sur la responsabilité civile, mais elle s'appuie en général sur le principe de la bonne foi[9]. Les parties entrent dans ce troisième stade des négociations dès lors que l'une d'entre elles est légitimement en mesure de croire que le contrat sera conclu. Le caractère légitime de cette croyance dépend aussi de la pertinence des motifs de la partie qui rompt les négociations[10].

§ 3 : Conclusions comparatives tirées de ce cas pratique

Des différences entre les solutions des systèmes nationaux à l'égard de ce cas pratique apparaissent clairement. Il faut reconnaître que quelques divergences découlent peut-être d'interprétations spécifiques par les rapporteurs nationaux des faits expliqués dans le texte du cas. Mais l'essentiel des divergences de solution est sans conteste lié aux différences de principe entre les systèmes. Parfois les solutions elles-mêmes sont différentes : dans un certain cas, l'un des systèmes rejette la responsabilité, l'autre la reconnaît. Parfois, les deux systèmes reconnaissent la responsabilité, mais sur des fondements qui sont différents et les différences peuvent être seulement de technique (par exemple

8 - On parle aussi de « l'intérêt négatif » (en matière délictuelle) et « l'intérêt positif » (en matière contractuelle).

9 - HR 18 juin 1982 (Plas/Valburg), NJ 1983, 723, note Brunner; AA 32 (1983) 758, note Van Schilfgaarde ; HR 23 oct. 1987 (VSH/Shell), NJ 1988, 1017, note Brunner ; HR 14 juin 1996 (De Ruiterij/Ruiters), NJ 1997, 481, note HJS; HR 12 août 2005 (CBB/JPO), NJ 2005, 467. Il faut cependant souligner que l'attribution de dommages-intérêts compensant l'« *expectation interest* » reste hypothétique, puisque jusqu'ici la cour n'a jamais statué en faveur de l'octroi de tels dommages-intérêts.

10 - HR 14 juin 1996 (De Ruiterij/Ruiters), NJ 1997, 481, note HJS. Par exemple, un changement de circonstances pendant les négociations pourrait justifier la rupture des négociations.

responsabilité délictuelle ou application d'un principe général de la bonne foi, mais sans différence importante sur le calcul des dommages-intérêts) ; ou ces différences peuvent être plus fondamentales (par exemple calculs des dommages-intérêts radicalement différents).

On peut classer les systèmes européens en utilisant ce cas pratique comme crible. D'abord, on séparera les systèmes de *common law* et les systèmes civilistes. Les droits anglais, irlandais et écossais ne reconnaissent pas de principe général de responsabilité précontractuelle. Le terme de « responsabilité précontractuelle » (*precontractual liability*) n'est d'ailleurs guère utilisé dans le langage juridique anglais, ceci parce que le rapport entre des parties qui négocient un contrat futur n'est pas un rapport qui mérite en soi la protection juridique. Pour avoir un moyen d'action, il faut démontrer soit l'existence d'un contrat, soit celle d'un *tort* - étant précisé que dans les droits de *common law* la responsabilité délictuelle (ou quasi-délictuelle) ne s'ordonne pas autour de principes généraux, telle « la faute » de l'article 1382 du code civil - soit un enrichissement sans cause[11]. Par conséquent, dans ce cas pratique où n'existe ni avant-contrat ni enrichissement sans cause, il faut montrer une déclaration inexacte afin de fonder la responsabilité extracontractuelle de la partie qui rompt les négociations précontractuelles. Les systèmes de *common law* peuvent peut-être être eux-mêmes subdivisés dans la mesure où la réponse des rapporteurs écossais montre que cette juridiction est un peu plus encline à admettre la responsabilité en cas de rupture des négociations. L'Ecosse demeure toutefois plutôt du côté de la *common law* en matière précontractuelle.

Du côté des juridictions civilistes, le terme de « la responsabilité précontractuelle » est très courant. Tous les systèmes reconnaissent la nécessité de protéger les parties l'une contre l'autre pendant les négociations. Mais les techniques de protection ne sont pas uniformes. Quelques systèmes ont des règles qui sont dédiées à la période précontractuelle. Par exemple, les droits autrichien, allemand et suisse disposent de la *culpa in contrahendo*[12] d'après la théorie de Ihering,[13] et qui se trouve aujourd'hui intégrée dans le code allemand[14]. Les codes civils grec[15], italien[16] et portugais[17] prévoient expressément l'obligation de

11 - Parfois le régime de l'enrichissement sans cause (« *restitution for unjust enrichment* ») peut jouer pendant les négociations précontractuelles à l'encontre de la partie qui, avant que le contrat soit né, demande à l'autre d'agir en outrepassant les risques habituels d'une partie en cours de négociation, ou qui bénéficie de l'exécution par l'autre des obligations du futur contrat : *infra*, II§2.

12 - La *culpa in contrahendo* constitue un régime quasi-autonome, qui fonctionne plutôt à l'instar du régime contractuel, mais qui se traduit par un montant de dommages et intérêts délictuel (« *reliance interest* »).

13 - 'Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen', Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, vol. 4 (1861), p. 1.

14 - Art. 311(2), BGB, depuis les réformes du BGB en 2002.

15 - Art. 197.

16 - Art. 1337.

17 - Art. 227.

négocier de bonne foi ainsi que les sanctions encourues en cas de manquement à cette obligation. D'autres systèmes - tels les droits espagnol et français - reconnaissent l'obligation de négocier de bonne foi, mais dans le cadre de leurs règles générales de responsabilité civile. L'application elle-même de ces principes n'est par ailleurs pas uniforme. Par exemple : le droit allemand se montre moins enclin à reconnaître la responsabilité en cas de rupture des négociations sur le seul fondement du degré d'avancement des négociations[18] ; mais pour d'autres systèmes, l'avancement des négociations devient, par lui-même, une raison pour restreindre la liberté de rupture. Parmi ces systèmes juridiques, c'est le droit néerlandais qui est le plus sévère par rapport à la rupture des négociations ; il applique une responsabilité fondée alternativement sur le plan délictuel ou sur le principe de bonne foi mais qui, dans la quantification des dommages-intérêts et la possibilité pour le juge d'ordonner la poursuite des négociations, semble être équivalent à la responsabilité contractuelle.

Section II – Eléments de comparaison générale des droits européens nationaux sur la responsabilité précontractuelle

L'étude du *Common Core* sur *La responsabilité précontractuelle en droit privé européen* porte en tout sur treize cas pratiques recouvrant tous les aspects de la période précontractuelle. Parmi les thèmes abordés, citons : les négociations parallèles, la rupture des négociations dans le cadre de différents types de contrat (vente, location, mariage (rupture de fiançailles)), la rupture par des professionnels ou par des profanes, le commencement d'exécution des prestations avant la formation du contrat, les avant-contrats, dont un contrat de *lock-out* (de négociations exclusives), l'usage abusif d'informations confidentielles... A travers tous ces cas, on peut proposer une analyse des ressemblances et différences quant à la technique et à la substance des droits européens nationaux concernant la période précontractuelle.

§ 1 : Ressemblances et différences quant à la technique

On a d'ores et déjà relevé quelques différences de technique à travers le cas pratique présenté dans la section I. Il faut noter que même entre les systèmes qui présentent la caractéristique commune de reconnaître l'existence d'un principe de responsabilité précontractuelle, il existe des différences de régime. De fait, quelques-uns placent cette responsabilité précontractuelle sous le régime général de la responsabilité civile. En droit français, par exemple, on parle de la « faute précontractuelle » génératrice de responsabilité en vertu de l'article 1382 du code civil. Ceci est rendu possible par le spectre très large de la responsabilité civile, lequel englobe la période précontractuelle.

18 - V. *supra*, note 6.

Dans d'autres systèmes, par contre, le régime de la responsabilité délictuelle est beaucoup plus limité. En droit allemand, par exemple, ce régime protège quelques intérêts particuliers - tels la vie, le corps humain, la santé, la liberté[19] - mais pas le préjudice économique. Ainsi, on n'engage sa responsabilité que si on a causé un tel préjudice de manière délibérée et *contra bonos mores*[20]. Les régimes purement contractuels ou délictuels ne pouvant offrir la protection requise pendant la période précontractuelle, on a créé en droit allemand un régime spécial, de nature contractuelle[21], dénommé *culpa in contrahendo*. Quelques systèmes, tels les droit autrichien et suisse, ont suivi le droit allemand ; mais d'autres, tel le droit finlandais, utilisent le langage de la *culpa in contrahendo* d'une autre manière, non pour décrire une doctrine autonome, mais comme un élément du régime délictuel.

Par ailleurs, quelques systèmes ont créé un régime spécial de protection des négociations dans leurs codes, consacrant l'obligation de négocier de bonne foi.

Comme on l'a déjà remarqué, c'est le droit néerlandais qui semble être le plus innovant en imposant la responsabilité dans la période précontractuelle non seulement sur le plan délictuel, mais aussi dans le cadre de la responsabilité précontractuelle. Il offre au juge pendant le « troisième stade » des négociations la possibilité de calculer les dommages-intérêts par référence à la perte du contrat négocié ou d'ordonner la poursuite des négociations, l' «*expectation interest* », l' « intérêt positif ». Mais au fond, le raisonnement du droit néerlandais en créant une telle responsabilité n'est pas éloigné de celui du droit allemand. La notion de *culpa in contrahendo* y est en effet fondée sur une appréciation des négociations comme rapport entre les parties qui devient plus étroit et mérite en conséquence la protection juridique. Les juristes allemands et néerlandais parlent d'une responsabilité découlant de ce que l'une partie a pu légitimement croire que le contrat serait conclu. Il s'agit d'une croyance légitime créée par la partie qui engage sa responsabilité en rompant les négociations ou en adoptant un comportement qui, pour d'autres raisons, est contraire à son obligation de bonne foi.

§ 2 : Ressemblances et différences quant au fond

Il y a cependant bien des différences de fond entre les systèmes. Les plus grandes différences sont peut-être révélées par la comparaison entre le droit anglais et le droit néerlandais[22]. Mais on pourrait

19 - Art. 823, BGB.

20 - Art. 826, BGB.

21 - Sur la nature du régime , v. *supra*, note 12.

22 - Une telle comparaison est particulièrement pertinente dans une étude dirigée par un juriste anglais et un juriste néerlandais ! V. *supra*, note 3.

également opposer les systèmes de *common law* aux systèmes civilistes en général afin de montrer les différences fondamentales en matière de la responsabilité précontractuelle.

Le droit anglais ne reconnaît ni l'obligation de négocier, ni la notion de négociation de bonne foi, ni l'obligation précontractuelle d'information telle qu'elle existe en droit français et d'autres systèmes civilistes, ni la faute précontractuelle, ni même la possibilité pour les parties de s'engager à négocier de bonne foi. Il existe dans le système juridique anglais une responsabilité civile. Mais, comme nous avons déjà eu l'occasion de le souligner, cette responsabilité civile n'est presque jamais mise en jeu pendant les négociations précontractuelles, à la seule exception du cas de déclarations inexactes faites par une partie à l'autre, par dol ou négligence. Reconnaître plus largement la faute précontractuelle irait à l'encontre du refus d'imposer aux parties en cours de négociation les devoirs généraux de négociation de bonne foi, de loyauté, d'information. Et ce refus découle de la nature même des négociations en droit anglais. Selon un juge[23] :

> « L'existence d'un devoir de négocier de bonne foi contredit fondamentalement la position de confrontation des parties engagées dans des négociations. Chaque partie est en droit d'agir dans son propre intérêt, à condition qu'elle ne fasse aucune déclaration inexacte. »

Comme l'étude du *Common Core* le montre, il y a des cas où le droit anglais, lui aussi, impose des sanctions pendant la période précontractuelle. Ainsi, la partie qui, avant que le contrat ne soit né, demande à l'autre partie d'agir, et par là d'outrepasser les risques habituellement pris par une partie participant à une négociation, ou qui bénéficie de l'exécution par l'autre partie des obligations du futur contrat, doit payer la valeur des prestations exécutées ou reçues, selon les règles de l'enrichissement sans cause. De même, une partie peut s'engager expressément à rembourser les dépenses de l'autre en cas d'échec des négociations ; ou doit réparer le préjudice qu'elle cause suite à une déclaration inexacte faite par dol ou par négligence. Mais en droit anglais - et en droits irlandais et écossais - le point de départ est tout à fait différent de celui des droits européens civilistes. Les négociations n'y sont pas conçues comme des relations entre les parties qui se développent et s'épanouissent, et dont le développement incite chaque partie à compter sur l'autre, à croire légitimement en la conclusion du contrat, à attendre de l'autre un comportement conforme aux exigences de bonne foi ou de loyauté. En droit anglais, par principe,

23 - *Walford v. Miles* [1992] 2 A.C. 128, à p. 138 (« the concept of a duty to carry on negotiations in good faith is inherently repugnant to the adversarial position of the parties when involved in negotiations »).

chaque partie agit pendant la période précontractuelle à ses risques et périls, dans la mesure où l'autre partie ne fait pas de déclarations inexactes ni ne viole ses obligations contractuelles. Le risque économique des négociations est assumé par chaque partie jusqu'au moment de la formation du contrat lui-même.

Les valeurs des systèmes européens à l'égard des négociations précontractuelles ne sont pas identiques. Notons que même entre systèmes dits « civilistes » il existe des différences. L'étude du *Common Core* sur *La responsabilité précontractuelle* démontre que certains systèmes juridiques se montrent plus réticents que d'autres à qualifier le comportement d'une partie à la négociation de contraire à ses obligations précontractuelles. Il demeure que la frontière principale oppose les systèmes de *common law* et les systèmes civilistes. Pour le juriste de *common law*, il existe une réticence à sanctionner le comportement d'une partie à la négociation parce qu'il faut lui accorder la liberté jusqu'au moment où elle donnera son accord : liberté de se rétracter, de changer d'avis. Ceci explique que dans les droits anglais, irlandais et écossais, la zone de liberté de se retirer sans frais ni dommages est beaucoup plus étendue que dans les autres droits européens.

Si la responsabilité précontractuelle dans les droits européens, vus dans leur ensemble, apparaît complexe, c'est parce qu'au sein de chaque système juridique les principes gouvernant la responsabilité précontractuelle traduisent une conception particulière de la période précontractuelle. Ainsi, le juriste anglais se frayera aisément un chemin dans le clair-obscur des bosquets de la (non-)responsabilité dans les négociations précontractuelles. Si le jardin anglais paraît en la matière souvent déconcertant aux yeux du civiliste, c'est parce que ses massifs ont été dessinés pour traduire les valeurs du droit anglais relatives à la période précontractuelle.

LES PARTIES AUX NEGOCIATIONS CONTRACTUELLES
(REFLEXIONS SUR LE SENS DE L'ACTE DE NEGOCIER)

Olivier Deshayes
Professeur à l'Université de Picardie Jules Verne,
Directeur du Master II « Droit privé approfondi »,
CEPRISCA

Les parties aux négociations contractuelles. Le sujet laisse au premier abord songeur. Peut-être parce qu'il en rappelle un autre (celui des parties au contrat), qui a successivement fait souffler sur la doctrine française le vent chaud de la nouveauté puis celui, froid, de la perplexité[1].

Heureusement, la parenté des thèmes n'est qu'apparente. Par la présente contribution, nous aimerions braquer le projecteur sur les personnes qui négocient les contrats. Afin de savoir qui elles sont en fait et qui elles devraient être en droit. Afin de déterminer aussi les conséquences de leur intervention dans le processus de formation de l'accord ; conséquences à la fois sur l'accord lui-même mais aussi sur les responsabilités encourues au titre des pourparlers. Bref, s'il est ici question de « parties », c'est dans un sens commun, dépourvu de toute coloration juridique : celui de participant.

La première remarque qui vient à l'esprit au sujet de ces participants aux négociations est qu'ils ne sont pas nécessairement les futures parties au contrat. Madame Fabre-Magnan le fait très justement remarquer : « Les parties à la négociation ne sont pas nécessairement les personnes qui seront parties au contrat. Ces dernières peuvent en effet donner à des tiers mandat de négocier pour elles : un agent immobilier pourra, par exemple, négocier un contrat de bail ou de vente pour le compte du propriétaire »[2].

1 - La controverse portant sur les définitions des « parties » et des « tiers » au contrat est bien connue. On en retiendra surtout l'excellent article de Jean-Luc Aubert : A propos d'une distinction renouvelée des parties et des tiers, RTDciv. 1993, p. 263 et s.

2 - M. Fabre-Magnan, Les obligations, éd. PUF, coll. Thémis – Droit privé, 2004, n° 83. Le passage se poursuit : « Les réticences dolosives ou autres fautes de ce représentant pendant la négociation pourront dès lors être invoquées par la partie dont le consentement a ainsi été vicié comme si elles avaient été le fait de la partie représentée ». Ce développement est à notre connaissance le seul qui soit, dans les manuels ou traités de droit des obligations, spécifiquement consacré au thème des parties à la négociation contractuelle.

De là, la *summa divisio* entre ce que nous pouvons appeler les **négociateurs contractants**, qui ont la double qualité de participants aux négociations et de futures parties au contrat, et les **négociateurs non contractants**, qui participent aux négociations sans avoir aucune vocation à être liés par cet accord à la conclusion duquel tendent pourtant leurs efforts.

Le découpage est simple. Il faut toutefois prendre garde à ce que, à la faveur d'une assimilation trop rapide entre négociation et conclusion des contrats, on n'y voit qu'une transposition servile de la distinction entre les parties au contrat et leurs représentants. Car celui qui négocie pour autrui (contrairement à celui qui conclut pour autrui) n'a pas nécessairement la qualité de représentant. Le cas de l'agent immobilier en est une bonne illustration. Sauf mandat exprès de représentation[3], le propriétaire bailleur ou vendeur ne donne à l'agent immobilier que la mission de trouver un locataire ou un acheteur, éventuellement d'arranger les termes de l'accord, *pas de conclure le contrat pour lui*. La négociation s'entend alors de l'accomplissement d'une série d'actes matériels, préparatoires à (donc distinct de) la conclusion du contrat proprement dite. Pour cette raison, il est possible d'affirmer que le « mandat » de l'agent immobilier[4] n'en est en réalité pas un[5] : il n'y a pas représentation mais courtage ; il n'y a pas contrat de mandat, mais contrat d'entremise, c'est-à-dire d'entreprise.

La conclusion est la même si l'on s'intéresse à cet autre « agent » qu'est l'agent commercial. L'article L. 134-1 du code de commerce le définit comme « un mandataire qui (...) est chargé, de façon permanente, de négocier et, éventuellement, de conclure des contrats (...) au nom et pour le compte de producteurs, d'industriels, de commerçants ou d'autres agents commerciaux »[6]. Le texte opère une distinction entre la *négociation*, qui est de l'essence du mandat d'agence commerciale, et la *conclusion* des

3 - L'article 72 al. 4 du décret n° 72-678 du 20 juillet 1972 « fixant les conditions d'application de la loi n° 70-9 du 2 janvier 1970 réglementant les conditions d'exercice des activités relatives à certaines opérations portant sur les immeubles et fonds de commerce » dispose que « Lorsqu'il comporte l'autorisation de s'engager pour une opération déterminée, le mandat en fait expressément mention ». Le cas se présente rarement en pratique.

4 - L'expression est notamment utilisée aux art. 5 et 6 de la loi « Hoguet », n° 70-9 du 2 janvier 1970, « réglementant les conditions d'exercice des activités relatives à certaines opérations portant sur les immeubles et les fonds de commerce ».

5 - La Cour de cassation a d'ailleurs eu l'occasion de confirmer cette analyse en qualifiant le contrat passé avec l'agent immobilier de simple « mandat d'entremise », ce qui est une façon courtoise de dire qu'il ne s'agit pas d'un authentique mandat : Cass. 1ère civ. 8 juillet 1986, Bull. Civ., I, n° 194 : « le mandat donné à une personne se livrant ou prêtant son concours à une opération visée par la loi, n'était en principe qu'un mandat d'entremise consistant en la recherche de clients et la négociation ou l'une de ces missions seulement » ; Cass. 1ère civ. 6 mars 1996, D. 1997, 223, note B. Amar-Layani, RDImm., 1996, 245, obs. Tomasin ; sur le mandat de l'agent immobilier, v. également : Ch. Atias, D. 2003, chron. 1922 ; D. Ferrier, Le mandat des agents immobiliers, JCP 1976, I, 2795 ; J. Ghestin, La pratique abusive des mandats de recherche d'un acquéreur, Droit et Patrimoine, 1993, 68 ; G. Duranton, Rep. Com, v°Agents immobiliers, 1997, n° 71 et s. ; C. Siffrein-Blanc, Le contrat d'agent immobilier : mandat spécial ou contrat spécial d'intermédiaire ?, Def. 2007, art. 38657.

6 - Le texte est issu de la loi n° 91-593 du 25 juin 1991 « relative aux rapports entre les agents commerciaux et leurs mandants », sur laquelle, v. not. D. Ferrier, Cah. droit de l'entreprise, 1991, n° 6.

contrats, qui est accidentelle. Tout comme l'agent immobilier, l'agent commercial est donc un faux mandataire bien qu'un vrai négociateur[7].

Ces exemples illustrent une certaine conception des négociations. Une conception simple, qui a pour elle la rigueur des principes et dans laquelle négocier n'a rien à voir avec conclure. Négocier, c'est chercher un cocontractant, s'assurer de son consentement, éventuellement l'inciter à accepter, convenir des détails de l'opération, réfléchir à un projet d'acte. Bref, c'est agir « pour voir » ou, mieux encore, « pour parler », et non pour s'engager ou pour engager autrui. Dans cette conception, le négociateur n'accomplit que des actes matériels réputés sans lien avec la décision de conclure le contrat et n'a pas, par conséquent, à être doté d'un pouvoir lorsqu'il agit au nom d'autrui. Son rôle est d'aplanir le terrain sur lequel les volontés doivent se rencontrer, il est de créer les conditions pour que l'accord se fasse, pas de vouloir. Cette vision de la *négociation-simple discussion préparatoire* peut être qualifiée de ***conception matérielle de la négociation***, car il n'y est question que de faits matériels bruts. Elle convient assez bien aux hypothèses dans lesquelles les négociateurs ne sont pas les futurs contractants. C'est cette conception qu'ont en tête les agents immobiliers ou les agents commerciaux[8]. C'est elle qu'illustre également l'article 11 du décret de 1978 fixant le tarif des notaires, encore que le texte fasse lui aussi improprement référence au mandat : « il y a négociation, lorsque le notaire agissant en vertu d'un mandat écrit que lui a donné à cette fin l'une des parties recherche un cocontractant, le découvre et le met en relation

7 - Comp. le statut des agents généraux d'assurance, qui échappent à celui des agents commerciaux dans la mesure où ils font l'objet d'une réglementation spécifique. Cette réglementation résulte du décret n° 96-902 du 15 octobre 1996 « portant approbation du statut des agents généraux d'assurances ». Les textes confèrent aux agents généraux la qualité de « mandataire » de l'assureur sans pour autant établir nettement qu'ils représentent l'entreprise d'assurance pour le compte de laquelle ils agissent. Le point est néanmoins unanimement admis : v. par ex. Y. Lambert-Faivre et L. Leveneur, Droit des assurances, 12ème éd. Dalloz, 2005, n° 186. L'activité d'intermédiaire en assurance qui leur est reconnue est pourtant définie de manière assez lâche par l'article L. 511-1 I du code des assurances : « L'intermédiation en assurance ou en réassurance est l'activité qui consiste à présenter, proposer ou aider à conclure des contrats d'assurance ou de réassurance ou à réaliser d'autres travaux préparatoires à leur conclusion. N'est pas considérée comme de l'intermédiation en assurance ou en réassurance l'activité consistant exclusivement en la gestion, l'estimation et la liquidation des sinistres ». Qui plus est, alors que l'ancien statut IARD, issu du n° 49-317 du 5 mars 1949, prévoyait explicitement que l'agent général « représente » l'assureur, il n'a pas été jugé bon de reprendre cette formule dans l'alinéa 2 de l'article 1er du statut annexé au décret de 1996 : « L'agent général met à la disposition de son ou ses mandants sa compétence professionnelle en vue de l'offre de contrats et de services d'assurances pour satisfaire les besoins de la clientèle ».

Comp. également le statut des agents sportifs, qui bien qu'ayant une activité de courtage sont qualifiés de « mandataires » par la loi : art. L. 222-6 et s. du code du sport. V. également art. 13 du décret n° 2002-649 du 29 avril 2002.

Comp. le statut, plus clair celui-là, des agences de publicités, résultant de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 : l'article 20 de la loi impose que l'achat d'espace publicitaire soit réalisé par un intermédiaire pour le compte d'un annonceur dans le cadre d'un mandat. Il s'agit d'une véritable hypothèse de représentation. V. M. Malaurie-Vignal, Rep. Cass. com. v° Contrat de publicité, 2000, n° 24.

8 - Il ressort d'une décision récente, rendue le 15 janvier 2008, une définition très restrictive (trop à notre sens) de l'activité de négociation des agents commerciaux. Observant qu'une société, chargée de la conclusion de contrats entre un opérateur téléphonique et des clients, s'était engagée « à n'apporter aucune modification, de quelque nature que ce soit, aux tarifs et conditions fixées par (l'opérateur) », la Cour de cassation en déduit « qu'elle n'était investie d'aucun pouvoir de négocier les contrats » et ne pouvait donc réclamer le bénéfice du statut des agents commerciaux : Cass. com. 15 janvier 2008, n° 06-14698, RLDC 2008, n° 46, p. 8, obs. S. Doireau.

avec son mandant, soit directement, soit par l'intermédiaire du représentant de ce cocontractant, reçoit l'acte ou participe à sa réception »[9].

Cette conception épurée des négociations, si elle est conforme aux principes, laisse toutefois insatisfait. Car en pratique négocier un contrat ne peut pas toujours se distinguer aussi facilement de le conclure. La négociation, au lieu d'être un préalable à la décision, peut en effet apparaître comme une étape du processus de décision. En cherchant à aligner une volonté sur une autre, en reconsidérant leur propre position ou en tentant de faire évoluer celle de l'autre, les négociateurs cheminent vers la conclusion d'un accord. Accord que le juge, on le sait, pourra dire formé sans que les parties n'aient eu conscience de se lier définitivement[10]. Dès lors, on quitte insensiblement la *négociation-simple discussion préparatoire* pour s'aventurer dans une *négociation-conclusion*, perçue comme une phase de cristallisation progressive des consentements. Cette conception alternative peut être qualifiée de ***conception psychologique de la négociation*** car elle a pour caractéristique de mettre en lumière la conscience (ou la croyance) chez les négociateurs (ou l'un d'eux) d'un lien entre le fait de négocier et la décision de conclure[11]. C'est semble-t-il à cette conception psychologique que

9 - Art. 11, alinéa 1er Décret n° 78-262 du 8 mars 1978 « portant fixation du tarif des notaires ».

Comp. la « négociation » des instruments financiers sur les marchés financiers, qui est le fait de « rapprocher les ordres de sens inverse pour les exécuter et conclure une vente de titres ou un instrument financier à terme » : F. Auckenthaler, Droit des Marchés de Capitaux, éd. LGDJ, 2004, n° 915. Le négociateur, au sens du droit des marchés financiers, agit pour compte propre ou pour compte de tiers. Aux termes de l'article 312-4 du règlement AMF, « Exerce une activité de négociation pour compte propre tout prestataire habilité qui achète ou vend des instruments financiers pour son propre compte ». A l'inverse, exerce une activité de négociation pour compte de tiers, aux termes de l'article 312-2 du règlement AMF, le négociateur qui « agit pour le compte d'un donneur d'ordres en vue de réaliser une transaction sur instruments financiers ».

10 - Tel est le cas lorsque subsistent des points de désaccord sur des éléments que le juge n'estime pas essentiels. Un arrêt du 28 février 2006 vient en ce sens de rappeler que la poursuite de négociations sur des points accessoires ne fait pas obstacle à la formation définitive de l'accord : « un accord de volonté était intervenu entre les parties sur les éléments (que celles-ci tenaient) pour essentiels, même si les discussions se poursuivaient par ailleurs pour parfaire le contrat sur des points secondaires », Cass. com. 28 février 2006, n° 04-14719, RLDC, supplément au n° 35, p. 32, obs. J. Mestre et B. Fagès. Comp. Cass. 2eme civ. 5 juillet 2006, inédit, n° 05-14566, RCA, 2006, comm. 357, dans lequel il est affirmé que le contrat d'assurance ne se forme que lorsque les parties sont d'accord sur « l'ensemble des éléments du contrat », formule en l'occurrence inutile au prononcé de la décision, les parties n'étant pas tombées d'accord sur certains éléments *essentiels* du contrat : la date de prise d'effet et la durée de la garantie.

11 - Les enseignements de la doctrine américaine de « *psychology and law* » confirment d'ailleurs cette intuition que les négociateurs s'investissent progressivement dans le projet de contrat au point de se sentir liés, presque enfermés dans la négociation avant même que celle-ci n'aboutisse. Plus exactement, ils ne parviennent plus à imaginer qu'elle n'aboutira pas. Sur ce point v. l'intéressant article de S. Michaux, La formation du contrat : pour un rapprochement entre psychologie et droit, *in* Le processus de formation du contrat, éd. Bruylant-LGDJ, 2002, p. 789 et s. et spéc. n° 52 et 53 : « En poussant plus loin l'analyse, il apparaît que la phase des négociations reproduit le schéma du piège abscons. Les négociateurs se voient engagés dans un processus mobilisateur, tendant vers un but (la conclusion du contrat) dont l'atteinte reste incertaine. Malgré une ligne d'action probablement définie avec les dirigeants *a priori*, une limite précise d'investissements en temps et en énergie n'a pas été fixée, et les négociateurs peuvent avoir le sentiment que chaque concession, chaque minute supplémentaire de ce processus de discussion le rapproche d'une issue (...). il est permis de penser que le négociateur se sent peu à peu pris au piège de la négociation, et éprouve de plus en plus de difficultés à rompre le cours des discussions, au fur et à mesure qu'il semble se rapprocher d'une issue (...). Tout ceci démontre que le négociateur a tendance à se sentir engagé, et donc lié ».

pensent les auteurs de droit des obligations lorsqu'ils évoquent la phase des négociations précédant les contrats[12]. La négociation n'y est en effet décrite que comme une procédure de confrontation et d'ajustement des volontés destinée à déboucher, comme par tâtonnements successifs, vers le contrat. Cette conception convient assez bien aux hypothèses dans lesquelles les pourparlers ont lieu entre négociateurs contractants. Mais on peut aussi vouloir l'appliquer aux négociations faisant intervenir un négociateur non contractant. Dans cette hypothèse, le négociateur pour compte de tiers occupe une place ambiguë. A tout le moins lorsqu'il n'est doté d'aucun pouvoir de représentation. N'étant pas habilité à conclure le contrat mais seulement à le négocier, ce négociateur n'est pas moins partie à une procédure dont l'aboutissement se confond avec la conclusion de l'accord. Chargé de négocier au nom d'autrui, il représente les intérêts de son donneur d'ordres mais pas sa personne[13]. En réalité, il n'y a qu'un petit pas à franchir pour décider que l'apparence est celle d'un authentique mandat car le négociateur, capable *en fait* de refuser une offre ou de formuler une contre-proposition, apparaîtra souvent aux yeux de son vis-à-vis comme habilité *en droit* à décider. Cela tient à ce que la progression des négociations, dans cette conception psychologique, est comprise comme le signe de l'imminence de l'accord.

Simples faits bruts, sans lien avec le consentement, ou étape de cristallisation progressive des volontés, la négociation révèle finalement deux visages. Ces deux visages n'ont toutefois pas une égale vocation à apparaître au grand jour. La conception matérielle, promise à la lumière, semble donner des négociations la définition de principe, la version officielle. Tandis que la conception psychologique, plus subversive, apparaît comme la face cachée des négociations. C'est son apparition qu'il faut guetter, trahissant la victoire fugace du réalisme sur la simplicité, l'abandon momentané d'une conception désincarnée des négociations au profit d'une conception plus subtile, reconnaissant la porosité de la frontière entre le fait de négocier et la décision de conclure. La présentation qui suit, dans laquelle les négociateurs contractants (section I) sont distingués des négociateurs non contractants (section II), a été façonnée pour servir cet objectif. Elle n'est par conséquent pas exhaustive et aurait atteint son but si l'on ne devait y trouver qu'une succession de solutions isolées invitant à réfléchir sur le sens de l'acte de négocier.

12 - V. les belles lignes de Ph. le Tourneau, *in* La rupture des négociations, RTDciv. 1998, p. 479 : « Les pourparlers sont ponctués de propositions et de contre-propositions, d'ouvertures et de retraits, de période d'enthousiasme et d'autres de découragement. Ils constituent le *jeu* par excellence, le plus subtil, et celui où les *enjeux* sont les plus élevés. Aussi (...) une tension proche de la passion se noue, provisoire peut-être mais certaine (...). C'est une période bien spécifique, un curieux entre-deux ; le temps merveilleux de tous les possibles, et même de l'impossible, des confidences et des aveux » (les italiques ont été conservés).

13 - Sur cette distinction entre la représentation de la personne et celle des intérêts d'autrui, v. M-L. Izorche, A propos du « mandat sans représentation », D. 1999, chron., 369, spéc., n° 30, p. 374.

Section I - Les négociateurs contractants

La négociation peut-être dite « directe » lorsqu'elle est le fait des personnes qui ont vocation à être liées par le contrat négocié, c'est-à-dire des négociateurs contractants. Que ces personnes puissent négocier seules et qu'elles le fassent en pratique relève de l'évidence. Mais en disant cela, a-t-on pour autant tout dit ? Peut-être pas. Car des difficultés particulières se présentent au sujet des personnes morales. De fait, il faudrait singulièrement exagérer la portée de la théorie de la réalité de la personnalité morale pour arriver à se convaincre que des négociations peuvent se dérouler entre une personne physique et une personne morale ou *a fortiori* entre deux personnes morales. La négociation ne peut qu'être l'œuvre de personnes physiques, car elle suppose l'accomplissement d'actes matériels.

Dès lors une question se pose. C'est celle de savoir quelle personne physique doit négocier « au nom » de la personne morale[14]. Tout associé, voire même tout salarié a-t-il ce « pouvoir » ? Au contraire, faut-il exiger que la négociation soit le fait d'un représentant légal de la personne morale : président du conseil d'administration, président du directoire, directeur général, gérant de la société, président d'association ? La question est rarement abordée, à tout le moins sous l'angle du droit des obligations[15]. Elle présente pourtant un intérêt pratique évident.

Pour la résoudre, il faut commencer par observer que les actes de négociations ne constituent pas par eux-mêmes des actes juridiques. Les échanges de point de vue, de coups de téléphone, de cahiers des charges et de projets ne constituent que des faits matériels. L'auteur de ces faits, lorsqu'il agit pour le compte d'une personne morale ne représente

14 - On peut penser à une autre question, qui est celle de savoir si le représentant légal d'une personne morale, lorsqu'il intervient dans la négociation d'un contrat est présumé agir en son nom personnel et pour son propre compte ou bien au nom et pour le compte de la personne morale ? On devine la réponse, qui n'est pourtant pas toujours conforme à la volonté des intéressés. Elle est posée clairement par un arrêt de 2005 : Cass. com. 22 février 2005, inédit, n° 03-16398. Dans cette affaire, une même personne était associé de plusieurs personnes morales, dont une entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée. Par acte signé sans indication de qualité, cette personne acquiert des parts de sociétés pour elle-même, ainsi que pour son entreprise unipersonnelle. Le vendeur réclamait la condamnation de l'EURL à payer le prix de cession des titres lui revenant et subsidiairement sa condamnation à des dommages et intérêts pour rupture abusive des négociations. La Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir rejeté cette demande au motif « que le dirigeant n'engage en principe la société que par les actes qu'il accomplit en qualité de mandataire social et qu'à défaut de mention de cette qualité, il appartient au tiers contractant de faire la preuve que le dirigeant a eu et manifesté la volonté d'agir au nom et pour le compte de la société ». C'est dire que l'acte dont les effets sont destinés à se produire dans le patrimoine d'une société (unipersonnelle qui plus est !) et qui a été signé par le dirigeant sans indication de sa qualité n'engage pas la personne morale ! La solution peut paraître rigoureuse. Comp. celle rendue par la 2ème ch. civile le 14 déc. 2006 (inédit, n° 04-20673) : un contrat est conclu en son propre nom par le dirigeant d'une société en formation ; le contrat fait l'objet d'une exécution de la part de la société ; jugé que les parties s'étaient implicitement entendues pour substituer la société à son dirigeant dans l'exécution du contrat. Les conditions de reprise des actes accomplis au nom des sociétés en formation n'étaient pourtant pas réunies. Comp. également, Cass. com. 28 juin 1988, n° 87-12082, Bull. Joly, 1988, p. 671, n° 219.

15 - V. toutefois J. Schmidt, Négociation et conclusion des contrats, éd. Dalloz, 1982, qui consacre un développement approchant à « l'auteur de l'offre » (n° 104 et s.) et à « l'auteur de l'acceptation » (n° 156 et s.).

donc pas, *stricto sensu*, cette dernière. C'est pourquoi toute personne physique peut négocier au nom d'une personne morale, avec cette conséquence concrète que les négociateurs n'ont pas à vérifier l'étendue des pouvoirs de leurs vis-à-vis. Cette solution s'explique assez simplement par une adhésion de principe à la conception matérielle des négociations. Puisque négocier n'est pas conclure, il importe peu que le négociateur n'ait pas de pouvoir de représentation

Un ingénieur, un chef de produits, un directeur financier ou un directeur juridique peuvent donc négocier les aspects techniques, stratégiques, économiques ou juridiques du contrat que leur entreprise envisage de conclure. On devine que c'est même le plus souvent de cette façon que les négociations se réalisent en pratique, tant il est vrai que les représentants légaux de la personne morale ne sont pas toujours les mieux placés pour arrêter les détails techniques de l'opération portée par le contrat. Dans une affaire exemplaire, ayant donné lieu à un arrêt de la cour d'appel de Paris du 5 janvier 1990[16], l'acquisition de matériels et de logiciels informatiques avait ainsi été négociée par le « responsable informatique », par ailleurs doté de la qualité de « secrétaire général ». Ce dernier avait rempli un bon de commande fixant notamment une date de livraison puis avait négocié avec une banque l'obtention d'un crédit-bail afin de financer l'acquisition. Deux jours après le refus de la banque d'octroyer le financement, le président directeur général de la société acquéreur notifie sa volonté de ne pas donner suite à l'achat et insiste notamment sur le fait que le salarié n'avait pas le pouvoir d'engager la société. On lit dans l'arrêt que le salarié « n'a fait que remplir les fonctions d'interlocuteur en informatique dont il était chargé en choisissant du matériel informatique en menant les pourparlers avec un fournisseur jusqu'au stade préalable à la conclusion du contrat proprement dit » (il avait tout de même, rappelons-le, rempli un bon de commande comportant une date de livraison). C'est bien dire qu'un salarié dépourvu de pouvoir de représentation est « habilité » à entreprendre des négociations et à les mener jusqu'au stade ultime qui précède l'accord[17].

Reste que la fluidité du passage entre le fait de négocier et l'acte juridique de contracter est alors niée. C'est pourquoi il ne faut pas s'étonner que le droit tempère, par différents moyens, ce que tenir les négociations pour de banals faits matériels a d'excessif. Nous rendrons compte de ce mouvement de balancier, traduisant un glissement de la conception matérielle vers la conception psychologique des négociations,

16 - Paris, 5ème ch., section c, 5 janvier 1990, n° répertoire général : 67/14056.

17 - V. également Cass. com. 2 mars 1999, inédit, n° 96-19692, dans lequel une transaction est négociée par un salarié d'une entreprise en son nom personnel mais pour le compte de l'entreprise. La proposition de transaction faite par le salarié est acceptée par le cocontractant, le tout par télex. Jugé que « les télex échangés démontrent simplement l'existence de pourparlers transactionnels par l'intermédiaire de Mlle Olga, qui a d'ailleurs indiqué, dans son télex du 22 octobre 1990, que l'accord des parties devait être matérialisé par "un écrit" qui n'est jamais intervenu ».

en examinant dans un premier temps quelles sont les conséquences de principe attachées à l'intervention dans la négociation d'une personne physique dépourvue de pouvoir (§ 1), avant d'observer, dans un second temps, comment ces conséquences sont contournées ou tempérées par le droit (§ 2).

§ 1 : Les conséquences de principe de l'intervention d'un négociateur dépourvu de pouvoir agissant pour le compte d'une personne morale

Une personne physique dépourvue de pouvoir de représentation peut parfaitement, nous venons de le voir, négocier un contrat pour le compte de la personne morale dont elle est le salarié ou l'associé. Cela étant dit, la circonstance du défaut de pouvoir n'est pas juridiquement neutre : elle empêche d'attacher à la réussite (A) ainsi qu'à l'échec (B) des négociations les conséquences habituelles.

A. Les conséquences sur la formation du contrat

Lorsque des négociations débouchent sur une proposition précise de contrat, suffisamment précise pour être qualifiée d' « offre », celui qui la reçoit n'a en principe qu'à l'accepter pour que le contrat soit juridiquement formé. Dans notre hypothèse, cet effet ne pourra toutefois se produire puisque l'auteur de la proposition de contrat est une personne physique dépourvue du pouvoir de représenter la personne morale pour le compte de laquelle il agit. On peut expliquer ce grippage du processus de formation du contrat en rappelant que l'offre est très majoritairement analysée comme étant *en elle-même* un acte juridique[18]. Plus précisément, et pour reprendre les conclusions d'un auteur, elle est l'acte par lequel « l'offrant, consentant d'ores et déjà à un contrat dont il a lui-même défini l'économie, confère à son destinataire le pouvoir de faire naître le contrat par son acceptation »[19]. Il est naturel dès lors de considérer que l'émission d'une offre pour le compte d'un tiers requière la collation d'un pouvoir, contrairement à ce qui se produit en matière de simples faits matériels[20].

Quand bien même elle rencontrerait une acceptation, la proposition émanant d'un salarié ou d'un associé dépourvu de pouvoir ne

18 - Sur ce point, v. par exemple J. Carbonnier, Droit civil, tome 4, Les Obligations, 22ème éd., PUF, 2000, n° 25 ; comp. J. Flour, J-L. Aubert et E. Savaux, L'acte juridique, 12ème éd., Armand Colin, 2006, n° 143. Pour une utilisation de la distinction entre l'acte juridique que constitue le contrat et l'acte juridique que constitue l'offre, v. le raisonnement tenu par Ph. Jacques dans ses observations sous Ch. mixte, 26 mai 2006, RLDC, supplément au n° 35, février 2007, p. 11 et s.

19 - G. Wicker, Les fictions juridiques, contribution à l'analyse de l'acte juridique, éd. LGDJ, 1997, préf. J. Amiel-Donat, n° 122.

20 - On peut aussi soutenir que la proposition de contrat n'est alors pas « ferme », puisqu'elle est émise par une personne qui n'entend pas être liée en cas d'acceptation.

peut donc aboutir à la formation du contrat. C'est ce qu'ont par exemple décidés deux arrêts de cours d'appel datés de 2003 et 2004, statuant à propos de documents signés par un salarié : une proposition de contrat envoyée par télécopie[21] et une lettre d'intention acheminée par voie postale[22]. Plus tôt, la Cour de cassation avait déjà eu l'occasion de considérer, qu'un « accord de principe » proposé par deux salariés ne constitue qu'un « projet de contrat », insusceptible comme tel de servir de base à un accord définitif, même s'il reçoit l'agrément du destinataire[23].

Il n'est sans doute pas anodin que les juridictions préfèrent, en de telles hypothèses, déclasser la proposition émanant du salarié en un simple « projet de contrat » [24], plutôt que de décider qu'elle constitue juridiquement une offre ne liant pas la personne morale[25]. En pratique, cela est souvent conforme à la volonté du salarié négociateur, lequel ne prétend effectivement pas lier la personne morale en cas d'acceptation. Plus exactement, ce salarié entend arrêter les détails d'un contrat qui recueille l'assentiment de l'autre partie afin de le présenter comme un produit fini à son organe de direction. Bref, il entend se livrer à une *négociation-simple discussion préparatoire*[26].

Et ce qui vient d'être dit au sujet de l'offre vaut bien évidemment, par symétrie, pour la prétendue « acceptation », émanant d'une personne dépourvue de pouvoir. Une telle manifestation de volonté ne saurait en principe aboutir à la conclusion du contrat. Il ne faut y voir que le signe d'un accord sur le *projet de contrat*, préalable nécessaire à la soumission du projet à l'organe chargé de l'approuver ou de le rejeter[27]. Dans ce cas de figure, il existe en définitive un accord sur le contenu du contrat, précédant l'accord sur son principe. Et le renversement de l'ordre logique n'est pas totalement surprenant. On peut fort bien le justifier de la manière suivante : pour que l'organe de direction d'une société puisse décider de conclure ou non le contrat, encore faut-

21 - Versailles, 12ème ch., section 2, 25 septembre 2003, Juris-data, n° 227687.

22 - Paris, 1ère ch., section A, 9 mars 2004, juris-data, n° 243811 : la lettre comprenait au surplus les mentions « sous réserve de contrat » et « sous réserve d'audit », jetant un doute sur la volonté de son émetteur d'être lié en cas d'acceptation.

23 - Cass. com. 23 octobre 1990, n° 89-10196. La Cour de cassation se réfugie ici derrière l'interprétation souveraine des juges du fond en insistant sur le fait que le projet devait être soumis pour « accord définitif à la direction générale ».

24 - Le projet, pour reprendre la définition qu'en donne Louis Rozès, est une « manifestation d'intention concrétisée dans un écrit dépourvu de toute valeur juridique dans l'attente des consentements nécessaires à la formation du contrat » : L. Rozès, Le projet de contrat, *in* Mlges Boyer, Presses de l'Université de Toulouse, 1996, p. 641.

25 - V. not. Versailles, 25 septembre 2003, précité : « Considérant que contrairement à ce qu'ont retenu les premiers juges, cet envoi par télécopie dont il n'est ni allégué ni démontré qu'elle ait été signée par un dirigeant de la société S. ne constituait pas une offre ferme mais était une étape dans la négociation visant à la conclusion des contrats ».

26 - Sur laquelle, v. *supra*, l'introduction.

27 - V. d'ailleurs G. Cornu, Vocabulaire juridique, 6ème éd. PUF, 2004, v° Projet « Acte régissant l'avenir élaboré par un organe ou une personne et soumis, pour adoption ou homologation, au contrôle d'un autre organe ou d'une autorité ou même à l'acceptation d'un éventuel cocontractant. (...) ».

il que son contenu en soit connu. Car on ne décide pas dans l'absolu ; il faut bien que la volonté porte sur un objet précis.

Quoi qu'il en soit, dans de nombreuses hypothèses, il faut bien admettre que le négociateur dépourvu de pouvoir a entendu formuler une *véritable* offre ou émettre une *véritable* acceptation. Consciemment ou inconsciemment, il a méconnu les règles de répartition des pouvoirs, pensant engager par ses actes la personne morale. Il ne peut plus être question dans ce cas de dire que la volonté portait sur le projet de contrat et non sur le contrat lui-même car les faits démentent cette distinction. La sanction est alors nullité du contrat. Nullité dont la Cour de cassation a rappelé, il y a peu, qu'elle est relative, réservant ainsi à la personne morale qu'elle protège le droit de s'en prévaloir[28].

Empêchant par principe la formation du contrat ou viciant ce contrat de nullité, la circonstance que le négociateur soit une personne physique (associé ou salarié) dépourvue de pouvoir a également une incidence sur la responsabilité encourue en cas de rupture fautive des pourparlers.

B. Les conséquences sur la responsabilité pour rupture fautive des pourparlers

Il faut ici supposer que la personne physique négociant au nom de la personne morale laisse entendre que le contrat négocié va être conclu. Rendu peu méfiant, le partenaire entreprend des dépenses ou bien abandonne la négociation de contrats similaires qu'il avait engagée avec des tiers. Malheureusement les représentants de la personne morale mettent par la suite fin aux négociations. *Quid* de la responsabilité pour rupture fautive des pourparlers ? Avant de répondre à cette question, il faut observer qu'elle se pose avec d'autant plus d'acuité que la doctrine, confortée par la jurisprudence, donne de la faute dans la rupture des pourparlers une définition bien spécifique. La faute, dit-on, ne consiste pas à rompre les négociations mais à avoir fait croire qu'elles aboutiraient. Ce qui est stigmatisé par conséquent, ce n'est pas la rupture elle-même mais la faute préalable consistant à laisser naître, chez l'autre, la conviction que le contrat va être conclu[29]. Or notre hypothèse de travail suppose précisément que l'apparence créée par le négociateur dépourvu de pouvoir soit anéantie par la décision des organes de direction, dévoilant ainsi aux yeux du négociateur frustré un revirement inattendu de position, un manquement au devoir de cohérence.

28 - V. Cass. 2ème civ. 2 novembre 2005, RCA 2006, comm. 45 à propos d'un contrat d'assurance souscrit au nom d'une société par un salarié.

29 - V. par exemple l'excellente note de Ph. Stoffel-Munck sous Cass. com. 26 novembre 2003 « Manoukian », JCP 2004, éd. E, 738 ; *adde*, à titre d'illustration, Versailles, 12ème ch., section 2, 18 mars 2004, Juris-data, n° rôle : 03/02369 ; Paris, 5ème ch, section B, 3 juillet 2003, Juris-data, n° rôle : 2001/02518 ; *adde* la présentation de Cass. 3ème civ. 28 juin 2006, dans le rapport annuel de la Cour de cassation pour 2006, éd. La documentation française, Paris, 2007.

Immédiatement on perçoit néanmoins l'objection qui se dresse contre ce raisonnement. Il n'y a de revirement illégitime, c'est-à-dire de faute dans la rupture des pourparlers, que si la croyance du tiers dans la conclusion du contrat provient d'actes émanant de personnes habiles à représenter la personne morale. Dans le cas contraire, la décision de rompre les négociations ne constitue pas un revirement mais la première manifestation de volonté. N'ayant pas encore manifesté son intention par la voix de ses représentants, la personne morale n'a pas encore, avant cela, parlé. Comment par conséquent lui reprocher de manquer à sa parole ? Si faute il y a, elle provient plutôt du négociateur qui a agi sur la base des affirmations données par une personne physique dépourvue de pouvoir et qui s'est donc montré imprudent.

C'est cette conclusion que semble avoir retenue la Cour de cassation dans un arrêt rendu le 6 mai 1991[30]. Dans cette affaire, des négociations étaient en cours pour la vente d'un ensemble immobilier à la filiale d'un groupe de grande distribution. Ces négociations étaient menées avec la société mère, manifestement seule décisionnaire. Un projet d'acte avait été préparé en collaboration avec le service juridique de cette société et échangé ; une date de signature avait même été arrêtée. Deux jours avant cette date, un cadre rédigea une lettre laissant entendre que le contrat allait être conclu mais demandant un report de la signature afin que le projet puisse être « entériné » par le « comité d'investissement » de la société mère, allant même jusqu'à affirmer que cette « formalité permettra la signature initialement prévue le 7 septembre... dans les conditions prévues et naturellement aux prix convenus et consignés dans le projet d'acte ». C'était sans compter sur le refus opposé par le comité en cause et sur la dénonciation des négociations la veille de la date prévue pour la signature. Le destinataire de la lettre réclamait l'allocation de dommages et intérêts sur le fondement de la rupture abusive des pourparlers. La Cour de cassation approuva la cour d'appel d'avoir rejeté cette demande, se réfugiant derrière l'interprétation de la lettre rédigée par le cadre, jugée ambiguë. La société mère, estimèrent les juges, « avait subordonné son acceptation du projet à l'autorisation de sa direction générale », à « l'accord des organes dirigeants ». Dès lors, tant que cette autorisation n'était pas donnée, aucune apparence ne pouvait avoir été créée, de sorte que le refus de conclure le contrat ne pouvait être considéré comme un revirement abusif. On comprend que la solution est étroitement dépendante des circonstances d'espèce : la société, en l'occurrence, avait suffisamment fait savoir à l'autre négociateur quel était l'organe ayant le pouvoir de décider de la conclusion du contrat. Cela ne veut pas dire pour autant que la solution constitue une *solution d'espèce*. Au contraire, elle constitue l'application d'une règle de principe : tant que la personne compétente

30 - Cass. com. 6 mai 1991, JCP E 1991, I, chron. p. 540, obs. M. Mousseron, J-M. Mousseron, J. Raynard.

n'a pas pris parti, il ne saurait lui être reproché d'avoir agi de manière à tromper son vis-à-vis sur l'issue des négociations. Ce que signifie tout au plus le détour par l'interprétation de la lettre, c'est que cette solution de principe connaît des exceptions et qu'elle ne peut donc s'appliquer qu'autant les exceptions ne s'appliquent pas elles-mêmes. On en déduit, en d'autres termes, que si la lettre avait été interprétée différemment, la solution aurait pu être différente. Preuve qu'il existe des correctifs.

§ 2 : L'action corrective de la loi et de la jurisprudence

Qu'on ne puisse se satisfaire d'une vision matérielle de la négociation, négligeant la tension existant entre les actes et la volonté, voilà ce dont doivent être convaincus tous ceux qui négocient avec des cadres salariés dépourvus de pouvoir et qui nourrissent le plus souvent de légitimes espoirs de voir l'accord se conclure. Une correction est donc nécessaire. Elle vient parfois de la loi, plus souvent de la jurisprudence. L'examen du contentieux laisse aisément transparaître cette action corrective, dont les manifestations protéiformes ne facilitent toutefois pas la synthèse. Une distinction peut néanmoins être tracée suivant que la correction se fait par le contrat ou par la responsabilité civile.

A. La correction par le contrat

Par trois moyens au moins, le système juridique protège le négociateur ayant traité avec une personne dépourvue de pouvoir en tenant le contrat pour valablement conclu. La mise en application de ces correctifs suppose que le partenaire ait agi de bonne foi, c'est-à-dire qu'il ait ignoré le défaut de pouvoir de la personne avec laquelle il a traité. Tel n'est pas le cas lorsque son vis-à-vis lui a suffisamment rappelé que la décision ne relevait pas de ses pouvoirs. C'est d'ailleurs très exactement ce qui a été relevé dans l'arrêt précité, rendu par la Cour de cassation en 1991 au sujet de l'acquisition d'un ensemble immobilier[31]. De même dans l'arrêt d'appel de 1990 concernant la commande de matériel et logiciels informatiques[32]. La cour d'appel de Paris, pour rejeter la prétention suivant laquelle le contrat était conclu, a en effet fait remarquer que les bons de commandes émis par le salarié ne l'étaient que « sous réserve » de l'accord de la direction de l'entreprise. La société informatique, ajoute-t-elle, « ne peut sérieusement soutenir qu'elle a pu croire légitimement que (le salarié) était mandaté par (sa société) pour traiter l'opération alors qu'elle savait parfaitement qu'il n'était que « l'interlocuteur informatique » et que « le décisionnaire final » était (le président directeur général) ».

31 - Cass. com. 6 mai 1991, précité.

32 - Paris, 5 janvier 1990, précité. V. également Cass. com. 2 mars 1999, précité ; Paris, 1ère ch., section A, 9 mars 2004, juris-data, n° 243811.

Quoi qu'il en soit, et à supposer donc que le négociateur ait ignoré le défaut de pouvoir, quelles sont les parades dont il dispose ?

1) La découverte d'un accord implicite de la personne morale

La première parade consiste à découvrir une « ratification » tacite de l'accord par la personne morale. Les tribunaux n'hésitent pas en effet à déduire du silence gardé par les représentants de la personne morale, alors que ceux-ci ont connaissance de l'existence des négociations, la conclusion que ces représentants approuvent le contrat ou à tout le moins que la personne physique est tacitement habilitée à les représenter. Bien que les expressions employées dans les arrêts varient, cette approbation ne constitue le plus souvent pas une authentique ratification (laquelle suppose l'approbation par le mandant d'un acte passé par un mandataire en dépassement de ses pouvoirs) mais plus exactement un accord implicite au contrat émanant directement de la personne morale. Souvent, c'est d'ailleurs le début d'exécution du contrat par la personne morale qui achève de convaincre qu'elle est liée par l'accord[33]. L'argument, du strict point de vue de l'analyse juridique, n'est pourtant pas à l'abri de toute critique car rien n'implique, spécialement dans les grandes entreprises, que les actes d'exécution soient l'œuvre des représentants légaux ou qu'ils soient pratiqués à leur demande. Il ne devrait donc pas en être systématiquement déduit que la personne morale se considère comme liée. Mais on comprend bien, cela étant dit, le ressort profond de ces solutions. Une personne morale existe par la voix de ses salariés ou associés. Dès lors elle ne peut nier totalement l'existence des actes accomplis par ces derniers et doit en répondre, spécialement lorsqu'ils ont été accomplis au su des représentants légaux, sans qu'aucune protestation ne soit formée, et qu'ils s'analysent en un début d'exécution d'un contrat.

2) L'inopposabilité du défaut de pouvoir aux tiers

La seconde parade consiste à rendre inopposable les limitations dont le pouvoir du négociateur fait l'objet et donc à considérer,

33 - V. Cass. com. 5 déc. 2006, inédit, n° 05-12926 : une société annonce le paiement d'une facture « au prorata des étapes effectuées », jugé que cela implique l'approbation par la société de l'accord de participation signée par son responsable marketing (également crédité de la qualité de directeur commercial) ; Paris, 5ème ch., section A, 13 septembre 2006, arrêt n° 27, source juris-data : des étuis d'emballage sont commandés par un « chef de produit », la société prétend ignorer l'existence de cette commande ; jugé que le paiement partiel faisant référence à la commande établit l'engagement de la société ; Cass. com. 3 juin 2003, inédit, n° 00-22812 : le président d'une association conclut un contrat alors qu'il n'a pas été autorisé par le comité directeur ; jugé que le début d'exécution par l'association vaut ratification de l'acte accompli par le président en qualité de mandataire apparent ; comp. Cass. 2ème civ. 14 décembre 2006, inédit, n° 04-20673, précité où l'exécution par la société établit la volonté des parties de substituer cette dernière à son dirigeant dans l'exécution du contrat ; Rouen, 29 mars 2007, juris-data, n° 2007-333443, où le début d'exécution est invoqué conjointement à la thèse du mandat apparent pour justifier qu'une société se trouve liée par un contrat négocié par un de ses cadres.

dans les rapports avec les tiers, que le mandataire disposait des pouvoirs suffisants pour conclure le contrat. C'est la solution généralisée en droit français des sociétés par les lois des 24 juillet 1966[34] et 24 janvier 1978[35]. On fera remarquer qu'il n'est plus question dans cette hypothèse d'un salarié totalement dépourvu de pouvoir de représentation mais d'un représentant légal dont les pouvoirs ont été limités. Cela étant dit, cette circonstance n'est pas de nature à modifier la nature du problème posé : il s'agit toujours de savoir si l'acte accompli par une personne qui n'a pas le pouvoir de l'accomplir (de ce point vue il revient au même de n'avoir aucun pouvoir ou d'avoir un pouvoir qui ne permet pas d'accomplir l'acte litigieux) peut avoir quelque effet sur la personne morale. La réponse est affirmative lorsque les restrictions aux pouvoirs du représentant légal sont de nature statutaires. Ainsi, dans les sociétés civiles, les sociétés en commandite et les sociétés en nom collectif, le gérant engage la société à l'égard des tiers même si l'acte en cause ne rentrait pas dans ses attributions. De même pour les SA et les SARL, s'agissant des actes accomplis par le président du CA ou du directoire ou par les directeurs généraux ou gérants. Pour ces dernières sociétés, les tiers bénéficient d'une protection supplémentaire puisque les actes accomplis par les représentants légaux engagent la personne morale, même s'ils sont accomplis en dehors de l'objet social[36].

Cette règle bienvenue d'inopposabilité des limitations apportées aux pouvoirs des représentants connaît toutefois une dérogation importante et à vrai dire peu justifiée. Elle concerne l'octroi de cautions, avals et garanties par une société anonyme. On se souvient en effet que l'article 98 de la loi de 1966, devenu l'article L. 225-35 du code de commerce, donne au conseil d'administration, le pouvoir d'autoriser l'octroi de ces garanties[37]. Or la jurisprudence décide, sous le feu nourri des critiques doctrinales, que la sanction de la violation de cette règle d'autorisation est l'inopposabilité à la société de la garantie accordée par le représentant légal. L'octroi d'une telle garantie est le seul acte accompli par le représentant légal d'une société anonyme qui ne soit pas opposable à la société dans les rapports avec les tiers. On peut chercher à justifier cette solution en rapportant que la limitation aux pouvoirs du représentant n'est pas alors statutaire mais légale, de telle sorte que la consultation fastidieuse des statuts n'est pas nécessaire pour en prendre connaissance. Certes ! Mais outre le fait que la lecture de la loi commerciale est souvent plus ardue que celle des statuts (elle change au surplus beaucoup plus vite !), on répondra qu'il est bien regrettable de

34 - Pour les sociétés commerciales. V. aujourd'hui les art. L. 221-5, L. 223-18, L. 225-35 et L. 225-64 C. com.

35 - Pour les sociétés civiles. V. l'art. 1849 C.civ.

36 - Cette solution a été posée par une ordonnance du 20 décembre 1969, prise en application d'une directive CEE du 9 mars 1967.

37 - La même règle est posée pour les sociétés anonymes à directoire et conseil de surveillance par l'article L. 225-68 du code de commerce. L'autorisation doit alors être donnée par le conseil de surveillance.

porter sur un point aussi précis et isolé une exception à la règle simple et sécurisante de l'inopposabilité aux tiers du défaut de pouvoir des représentants légaux, dont l'application a été souhaitée dans toute l'Europe sur le modèle allemand de la Prokura. Règle dont l'efficacité est par ailleurs renforcée par l'impossibilité pour les sociétés d'opposer aux tiers l'annulation de la décision de nomination du représentant ou le changement de représentant lorsque changement n'a pas fait l'objet d'une mesure de publicité[38].

3) Le mandat apparent

La troisième et dernière parade consiste, dans le prolongement de la précédente, à donner force juridique à l'apparence (c'est-à-dire à aligner le droit sur le fait) en décidant qu'existe un mandat apparent dont l'effet est de reporter sur la mandant (la société) les effets de l'acte accompli par le mandataire (le salarié ou l'associé dépourvu de pouvoir). On se souvient que le mandat apparent a été porté sur les fonds baptismaux par une importante décision de la Cour de cassation, rendue en Assemblée plénière le 13 décembre 1962, aux termes de laquelle « le mandant peut être engagé sur le fondement du mandat apparent, même en l'absence d'une faute susceptible de lui être reprochée, si la croyance du tiers à l'étendue des pouvoirs du mandataire est légitime, ce caractère supposant que les circonstances autorisaient le tiers à ne pas vérifier les limites exactes de ce pouvoir »[39]. On se souvient moins en général que cette solution a été posée afin de rendre inopposable aux tiers les restrictions aux pouvoirs des dirigeants de société (en l'occurrence la nécessité de l'obtention d'une autorisation du conseil d'administration pour l'octroi des cautions, avals et garanties) avant que le droit des sociétés ne consacre cette règle[40]. Cela étant dit, loin de devenir par la suite sans objet, la solution jurisprudentielle a été étendue par la Cour de cassation aux hypothèses d'absence totale de pouvoir de représentation, créant ainsi les conditions pour qu'elle soit invoquée par les négociateurs déçus ayant traité avec un salarié.

Précisément, l'examen du contentieux révèle que le recours par les plaideurs au mandat apparent en pareille hypothèse est très fréquent. On est intuitivement porté à penser qu'il doit rarement aboutir car le mandat apparent, en tant que mécanisme jurisprudentiel correcteur, est volontiers conçu comme étant d'application exceptionnelle ; les conditions posées par la jurisprudence pour sa découverte étant censées cantonner l'institution dans un domaine d'application limité.

38 - Article L. 210-9 C. com.

39 - H. Capitant, F. Terré et Y. Lequette, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, tome 2, 11ème éd., Dalloz, arrêt n° 267, p. 559 et s.

40 - Tout en réservant, nous venons de le voir, le cas précis de l'octroi des sûretés dans les sociétés anonymes.

Il faut, martèlent les arrêts, que la croyance du tiers en l'existence des pouvoirs soit légitime, ce qui suppose que les circonstances l'aient autorisé à ne pas vérifier l'existence ou les limites du pouvoir. Il faut, dit autrement, que la faute du tiers consistant à n'avoir pas vérifié l'existence des pouvoirs, puisse être excusée. Et l'on pense alors à l'hypothèse du faux mandataire machiavélique mentant sur l'étendue de ses pouvoirs, faisant signer un contrat sur un papier à entête du mandant, alors qu'il était par ailleurs déjà en relation d'affaires avec le tiers, dont la garde se trouvait pour cela baissée. Situation à laquelle notre propre hypothèse de travail ne correspond guère, puisqu'il y est plus banalement question d'une négociation entreprise par un directeur administratif, un directeur commercial ou un ingénieur au nom de sa société sans particulière volonté de tromper. Quelle circonstance peut excuser en pareil cas un négociateur de ne s'être pas assuré de la qualité de son cocontractant ? Après tout l'identité des représentants légaux des personnes morales n'est-elle fixée par loi[41] ? Par cette loi que nul n'est censé ignorer ? Contre toute attente, les arrêts dévoilent toute une série de circonstances légitimant la croyance des tiers en l'existence des pouvoirs, contribuant à dépoussiérer le mandat apparent et à relativiser la rigueur des exigences posées pour en constater l'existence[42].

41 - A tout le moins pour les sociétés.

42 - Pour s'en tenir à des décisions récentes, on peut ainsi constater que le « directeur technique » d'une société propriétaire de locaux commerciaux, qui adresse à un locataire un avenant proposant la renouvellement du bail, s'est vu reconnaître, par cela seul, la qualité de mandataire apparent (Cass. 3ème civ. 2 décembre 1998, inédit titré, n° 97-11572. Il est vrai que la question du mandat apparent n'est pas centrale dans l'arrêt : l'avenant est modifié par le locataire et retourné au directeur technique qui le signe et le retourne à son tour, manifestant ainsi son accord. La Cour de cassation reproche à une cour d'appel de ne pas avoir recherché si l'accord n'était pas définitif, quand bien même l'acte de renouvellement aurait été signé plus tard, après que le représentant de la société bailleresse eût manifesté son intention de tenir la proposition pour nulle) ; de même pour le salarié d'une SARL, qui conclut avec France Telecom un contrat de mise en place d'un réseau câblé entre ordinateurs, au double motif que les papier à entête et tampon encreur de la société ont été utilisés et que l'ampleur des travaux de câblage a nécessairement attiré l'attention de la gérante sur le contrat sans que pour autant elle ne s'y oppose (Cass. com. 19 novembre 2002, inédit titré, n° 99-13438. La Cour de cassation ajoute qu'il importe peu que les éléments pris en compte soient postérieurs au contrat) ; de même encore pour le président d'une association dès lors, nous apprend la Cour de cassation, que le tiers qui traite « avec le représentant statutaire d'une association dans le cadre de son objet statutaire » est dispensé de vérifier « l'étendue des pouvoirs du mandataire apparent » (Cass. com. 3 juin 2003, inédit, n° 00-22812. Il faut rappeler que la règle d'inopposabilité des limites statutaires aux pouvoirs des représentants légaux de société ne connaît pas d'équivalent pour les associations. D'où l'importance de la solution rapportée) ; a également la qualité de mandataire apparent le « directeur administratif et financier » qui signe un protocole d'accord visant à faire prendre en charge par sa société les litiges nés de la défectuosité des matériaux fournis, et ce semble-t-il sans condition particulière (Cass. com. 10 mai 2005, inédit, n° 03-15388) ; plus disert, un arrêt de la Cour de cassation du 14 mars 2006, approuve l'existence d'un mandat apparent au profit d'un « directeur » après avoir constaté que le contrat de lutte contre les parasites qu'il sa signé mentionne son titre, porte le tampon de la société, que des relations d'affaires existaient entre le cocontractant et des sociétés du même groupe, que le contrat était d'un faible montant, qu'il était résiliable annuellement et enfin qu'il répondait à un besoin d'hygiène (Cass. com. 14 mars 2006, inédit, n° 04-10718. On retrouve ici certains critères voisins de ceux employés dans la gestion d'affaires (l'utilité de l'acte) ou pour la qualification d'acte conservatoire (besoin d'hygiène)) ; est aussi mandataire apparent de sa société le « directeur financier » qui donne l'ordre d'acquérir des parts de SICAV dès lors qu'il est apparu comme étant l'homme de confiance du président, que l'ordre a été précédé d'un entretien du tiers avec ledit président et accompagné d'un virement du montant exact de la transaction (Cass. com. 23 janvier 2007, inédit, n° 05-20973).

Parmi le flot de décisions, trois retiennent plus particulièrement l'attention. Car elles ont en commun de s'attacher, pour caractériser l'existence d'un mandat apparent, au fait que le salarié ait mené de bout en bout les négociations. C'est dire que le fait pour une personne d'apparaître comme l'interlocuteur exclusif dans les négociations est de nature à faire légitimement croire que cette personne dispose des pouvoirs pour conclure l'acte. Ainsi a-t-il été décidé qu'a la qualité de mandataire apparent un « directeur », « en raison de l'autorité attachée à ses fonctions et du fait qu'il avait conduit tous les pourparlers »[43]. De même, a la qualité de mandataire apparent une « chef de produits », dès lors que celle-ci est apparue dans les négociations précontractuelles comme « l'interlocutrice naturelle pour négocier le prix et prendre une décision de commande »[44]. Et il en va de même, enfin pour le « responsable du conditionnement » qui convoque des entreprises afin d'envisager l'acquisition d'un compacteur de film plastique, qui négocie lui-même puis finalement signe le contrat[45]. Négocier, c'est bien déjà un peu conclure, puisque celui qui fait l'un est facilement réputé habilité à faire l'autre !

Bien évidemment, il ne faudrait pas déduire des arrêts qui viennent d'être cités que la prétention formée par le cocontractant de la personne morale sur le fondement du mandat apparent est assurée de rencontrer le succès. Les décisions sont nombreuses qui la rejettent, soit qu'elles insistent sur l'importance du montant en jeu (ce qui justifie un examen minutieux des pouvoirs)[46], soit qu'elles relèvent que la compétence du cocontractant rend illégitime l'erreur commise[47]. Mais il n'en reste pas moins que le recours au mandat apparent constitue plus qu'une incantation.

Bizarrement, un seul acte échapperait à l'emprise de cette théorie : l'octroi d'un cautionnement, d'un aval ou d'une garantie par le représentant légal d'une SA sans autorisation du conseil d'administration ou du conseil de surveillance[48]. Plusieurs décisions émanant de cours d'appel[49] mais aussi de la Cour de cassation[50] retiennent en effet

43 - Cass. 3ème civ. 7 février 1998, inédit titré, n° 94-14784. L'arrêt ajoute que ce directeur avait utilisé le papier à entête de la société.

44 - Paris, 5ème ch., section A, 13 septembre 2006, arrêt n°227, source Lamyline Reflex ; Juris-data, n° 2006-313539.

45 - Cass. com. 5 décembre 2006, inédit, n° 05-15402.

46 -V. par ex. Cass. com. 21 janvier 2004, inédit, n° 00-22654 ; Cass. com. 11 juin 2002, inédit titré, n° 99-12720. L'arrêt ajoute que « la seule apposition du cachet de l'entreprise sur le bon de commande (n'est) pas de nature à justifier la prétendue croyance dans les prérogatives apparentes du signataire que l'usage du cachet n'implique pas nécessairement ».

47 - V. par ex. Cass. com. 11 juin 2002, précité, note précédente ; Cass. com. 20 novembre 2001, inédit titré, n° 98-21868.

48 - Sur l'exigence de cette autorisation préalable, v. *supra*.

49 - Paris, 12 mai 1976, Gaz. Pal. 1976, 2, 748, note A.P.S., Rev. Sociétés 1977, 96, note Guilberteau ; Paris, 8 décembre 1995, Bull. Joly, 1996, 199, note P. le Cannu ; Rev. Sociétés, 1996, 356, note Y. Guyon ; Paris, 5ème ch., section A, 19 février 2003, Droit des sociétés, 2003, comm. 138, obs. F-G. Trébulle, Rev. Sociétés, 2004, 426, note I. Urbain-Parléani.

50 - Cass. com. 24 février 1987, Bull. Joly, 1987, 211, note P. le Cannu ; Rev. Sociétés, 1987, 407, note Y. Guyon ; Cass. com. 27 septembre 2005, inédit, n° 02-14081 : l'argument tiré du mandat apparent est rejeté comme n'étant pas susceptible de permettre l'admission du pourvoi.

que l'attribution du pouvoir d'autorisation des garanties au conseil d'administration ou au conseil de surveillance étant légale, le cocontractant ne peut se réfugier derrière le mandat apparent pour tenter de rendre la garantie opposable à la personne morale. L'ignorance des règles légales sur ce point rendrait toujours illégitime la croyance du tiers en l'existence des pouvoirs. Cette solution n'est guère convaincante. Elle jure avec celles que nous venons de croiser. On ne voit notamment pas très bien pourquoi le recours au mandat apparent serait possible lorsque les négociations sont le fait d'un salarié qui n'a strictement aucun pouvoir de représentation et ne le serait pas en présence d'un représentant légal qui ne fait que dépasser ses pouvoirs. Surtout, l'explication porte à faux puisque l'attribution du pouvoir légal de représentation au président ou au directeur général d'une SA est elle-même légale, or cela n'a jamais été considéré comme un obstacle à l'application du mandat apparent au profit d'un salarié. Un simple raisonnement *a fortiori* devrait donc conduire à admettre l'application du mandat apparent à l'hypothèse d'une garantie accordée sans autorisation préalable du conseil d'administration ou de surveillance[51].

Mais quoi qu'il en soit, le contrat n'est pas la seule planche de salut du négociateur surpris de découvrir l'absence de pouvoir de son vis-à-vis. La responsabilité civile lui promet également quelque réconfort, encore qu'elle se révèle à l'analyse d'un maniement délicat.

B. La correction par la responsabilité civile

L'intervention dans les négociations d'une personne dépourvue de pouvoir ne peut-elle permettre d'engager sa responsabilité civile pour faute ? Après tout, si le négociateur a abusivement laissé entendre que les négociations allaient aboutir et a donc entretenu son partenaire dans la croyance erronée que le contrat allait se conclure, il ne paraît pas impossible de lui reprocher son comportement. De même, s'il a signé un contrat nul à raison d'un défaut de pouvoir, il paraît raisonnable de penser qu'il a commis une faute. Il s'agit alors, notons-le bien, de sanctionner par l'allocation de dommages et intérêts le comportement de celui qui intervient dans les négociations sans avoir le pouvoir d'engager la personne morale, ce qui est de nature à tempérer quelque peu l'affirmation de principe suivant laquelle le négociateur n'a pas besoin de pouvoir pour négocier car il ne représente personne.

Le régime auquel est soumise l'action en responsabilité dans un tel cas varie suivant la qualité du négociateur, ce qui oblige à distinguer. Qui plus est, il faut se demander si la responsabilité personnelle du négociateur ne doit pas se cumuler avec (ou être absorbée par) celle de la personne morale.

51 - C'est d'ailleurs dans cette hypothèse qu'a été rendu l'arrêt fondateur du 13 décembre 1962 sur le mandat apparent : v. *supra*.

1) La responsabilité civile du négociateur non préposé

La cour d'appel de Paris, dans un arrêt rendu le 16 février 2001[52], a admis la mise en jeu de la responsabilité d'un associé ayant négocié, sans pouvoir, la conclusion d'un contrat au nom de la personne morale. Mais les circonstances de fait étaient assez particulières et la portée de la décision, émanant qui plus est d'une cour d'appel, ne saurait donc être exagérée. Dans cette affaire, une société en participation souhaitait confier la gestion d'un ensemble hôtelier à un mandataire. Le gérant entreprit seul de longues négociations, qui paraissaient devoir aboutir. En assemblée, la société refusa pourtant de conclure le contrat. Le négociateur déçu chercha à engager la responsabilité du gérant, au motif que celui-ci ne l'avait pas informé de la nécessité d'obtenir l'accord de l'assemblée. La cour d'appel jugea que « la fonction de gérant de la société (...) l'obligeait d'informer les tiers avec lesquels elle négociait de la nature et des limites des pouvoirs qui lui étaient confiés, qu'à défaut le gérant engage sa responsabilité à l'égard des tiers ». Le gérant fut donc condamné sur le fondement de l'article 1382 du code civil. Si l'arrêt doit être manié avec une certaine précaution, c'est que la société en cause était une société en participation, dépourvue en tant que telle de personnalité morale. Il est donc habituel que l'associé (en l'occurrence l'associé gérant) endosse la responsabilité de ses actes. Mais la décision est intéressante en ce qu'elle fait peser sur l'associé l'obligation de révéler l'existence et l'étendue de ses pouvoirs. L'affirmation prend en effet le contre-pied de l'obligation traditionnellement faite au cocontractant de vérifier l'étendue des pouvoirs des personnes avec lesquelles il s'apprête à contracter[53]. Il reste donc à savoir si la solution est transposable à l'hypothèse d'un dirigeant d'une société dotée de la personne morale.

La réponse était affirmative, il y a encore quelques années. Lorsque le dirigeant concluait en méconnaissance de ses pouvoirs un contrat nul, le tiers était fondé à agir contre lui sur le fondement de la responsabilité délictuelle. En bonne logique, le dirigeant aurait dû pouvoir s'exonérer partiellement de sa responsabilité en faisant valoir que son vis-à-vis a été négligent en ne vérifiant pas l'existence et l'étendue des pouvoirs[54]. En pratique, les arrêts ne s'embarrassaient pas de cette subtilité et condamnaient le dirigeant à réparer l'entier dommage[55]. La Cour de cassation a mis par la suite fin à la responsabilité personnelle des dirigeants sociaux ou plus exactement a cantonné cette responsabilité aux

52 - Paris, 16 février 2001, juris-data n° 161480.

53 - V. par ex. Cass. com. 6 mai 1986, Rev. sociétés 1987, p. 257, note P. Didier.

54 - En ce sens, v. Trib. com. Nancy, 1er juillet 1996, RD bancaire et bourse 1996, n° 57, p. 204, note M. Contamine-Raynaud.

55 - Sur ce point, v. R. Micha-Goudet, Inopposabilité des cautions, avals et garanties irrégulièrement donnés par le président du conseil d'administration : une sanction critiquable, JCP 1998, éd. E, p. 840 et les références citées en I B).

hypothèses dans lesquelles les dirigeants ont commis une faute séparable de leurs fonctions[56], ce qui ne semble pas être le cas de la faute commise par le dirigeant qui méconnaît les limites apportées à ses pouvoirs (en pratique la nécessité d'obtenir un accord préalable du conseil d'administration avant de consentir une caution, un aval ou une garantie)[57]. C'est donc aujourd'hui du côté de la personne morale qu'il faut chercher pour trouver un responsable. Il en va de même, nous allons le voir, lorsque la faute est commise par un préposé.

2) La responsabilité civile du négociateur préposé

Dans un arrêt déjà évoqué, celui rendu par la cour d'appel de Paris le 5 janvier 1990[58], la responsabilité personnelle du responsable informatique ayant mené des négociations est rejetée. On peut y lire que « les premiers juges ont estimé à tort que Monsieur Picquet avait commis une faute tant vis-à-vis de son employeur que vis-à-vis de la société Nixdorf alors qu'il n'a fait que remplir les fonctions d'interlocuteur en informatique dont il était chargé en menant les pourparlers avec un fournisseur jusqu'à un stade préalable à la conclusion du contrat proprement dit ; Que Monsieur Picquet n'a à aucun moment cherché à tromper la société Nixdorf sur les limites de ses pouvoirs à laquelle il a, dès le début, précisé que la décision incombait au Président Directeur Général de la société, Monsieur Renaud ». La caractérisation d'une faute à la charge du salarié n'apparaît donc pas radicalement impossible. Elle supposerait toutefois, à lire l'arrêt *a contrario*, que le salarié « ait cherché à tromper (son interlocuteur) sur les limites de ses pouvoirs ». Une telle exigence de faute dolosive peut au premier abord surprendre dans un système de responsabilité civile qui n'attache pas par principe à la gravité de la faute le rôle de déclencher la responsabilité mais tout au plus d'en moduler les effets. Mais à la réflexion cette exigence pourrait faire sens. A tout le moins, elle pourrait entrer en résonance avec une solution voisine : celle qui concerne la mise en jeu de la responsabilité du mineur qui conclut seul un contrat. Sur le fondement de l'article 1307 du code civil, aux termes duquel « la simple déclaration de majorité, faite par le mineur, ne fait point obstacle à sa restitution », il est admis que la responsabilité du mineur (et par analogie celle du majeur qui mentirait sur sa capacité) suppose une

56 - Sur l'ensemble de la question, v. S. Messaï, La responsabilité civile des dirigeants sociaux, thèse Paris-I, 2005.

57 - La chambre commerciale a défini la faute séparable des fonctions comme étant la faute d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales, commise intentionnellement : Cass. com. 20 mai 2003, JCP 2003, éd E, 1203, §2, obs. J-J. Caussain, F. Deboissy et G. Wicker ; D. 2003, 1502, obs. A. Lienhard. Pour des arrêts jugeant que la conclusion d'une sûreté sans autorisation préalable du conseil d'administration ne constitue pas une faute détachable, v. Cass. com. 20 octobre 1998, *infra* ; Cass. com. 9 juin 2004, Bull. Joly, 2004, n° 272, note P. Le Cannu.

58 - v. *supra*.

manœuvre positive, autre que le mensonge, destinée à tromper son cocontractant[59]. La faute simple, résidant dans le seul fait d'avoir conclu le contrat au mépris des règles d'incapacité, ainsi que le mensonge, ne suffisent donc pas à exposer l'incapable à une condamnation civile. Il en irait de même par analogie du négociateur : le seul fait pour cette personne d'avoir négocié ou conclu un contrat sans pouvoir, à défaut de manœuvres positives, ne saurait permettre d'engager sa responsabilité. Pour expliquer cette exigence particulière, le seul véritable argument consiste à dire qu'en cas de faute simple, le cocontractant partage avec le négociateur les torts pour n'avoir pas vérifié l'existence et l'étendue des pouvoirs. Le dommage causé ne serait donc pas plus imputable au négociateur ayant agi sans pouvoir qu'à son vis-à-vis, les deux fautes se neutralisant. A l'inverse, en présence d'une manœuvre positive commise par le négociateur dépourvu de pouvoir afin de tromper son partenaire, le partage égal des responsabilités ne se justifierait plus, ouvrant de nouveau la voie à une action contre l'auteur du dol[60]. Reste que, pour faire sens, cette démonstration n'est pas conforme aux raisonnements habituellement tenus en matière de responsabilité civile. La coexistence de deux fautes n'est en effet pas regardée comme une circonstance conduisant à neutraliser les responsabilités mais à justifier une exonération partielle du défendeur, à qui la responsabilité est imputée par la victime du dommage. Que la faute de ce défendeur soit légère ou dolosive ne change rien : seul le taux d'exonération du responsable a vocation à varier, puisqu'il est fonction de l'importance relative des fautes.

Mais quoi qu'il en soit de la gravité du comportement exigée pour caractériser une faute du salarié, on peut douter que la responsabilité personnelle du préposé puisse être mise en jeu à l'égard des tiers. Depuis l'arrêt « Costedoat », rendu en Assemblée plénière le 25 février 2000, il est en effet bien acquis que le préposé n'engage pas sa responsabilité personnelle à l'égard des tiers lorsqu'il agit dans les limites de la mission qui la été confiée[61]. Or dans notre hypothèse, le salarié qui laisse fautivement croire en la conclusion du contrat ou qui conclut le contrat au mépris de l'absence de pouvoir ne paraît pas, sauf peut-être le cas du dol commis à des fins personnelles, agir en dehors des limites de sa mission. Sa responsabilité personnelle ne devrait donc pas être engagée. Seule celle de la personne morale pourrait l'être, en qualité de commettant.

---

59 - Peut-être faut-il regretter qu'un texte concernant les restitutions soit utilisé pour trancher la question de la responsabilité précontractuelle. Car les deux choses semblent en réalité différentes : s. ce point, v. C. Guelfucci-Thibierge, Nullité, restitutions et responsabilité, thèse, éd. LGDJ, 1992, préf. J. Ghestin., spéc., n° 56.

60 - Comp. les solutions retenues en matière d'erreur vice du consentement : la nullité n'est encourue que si l'erreur est excusable mais le dol rend toujours l'erreur excusable. Sur ce point, lire par ex. J. Flour, J-L. Aubert et E. Savaux, L'acte juridique, 12ème éd., Armand Colin, 2006, n° 206.

61 - Sur cette décision et sur les difficultés d'application qu'elle soulève, v. G. Viney et P. Jourdain, Les conditions de la responsabilité, 3ème éd., LGDJ, 2006, n° 810 et s.

3) La responsabilité civile de la personne morale du fait de ses préposés ou dirigeants

D'après l'article 1384 alinéa 5 du code civil, les maîtres et commettants sont responsables « du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés ». Ils ne peuvent se dégager de cette responsabilité qu'en rapportant la preuve d'un abus de fonction, lequel suppose que le préposé ait agi en dehors de ses fonctions, sans autorisation et à des fins étrangères à ses attributions[62]. Compte tenu de la sévérité dont fait preuve la Cour de cassation dans la caractérisation d'un tel abus de fonction[63], il ne fait guère de doute dans notre hypothèse que la personne morale a vocation à répondre des fautes de son salarié. Ce dernier agit en effet dans le cadre de ses fonctions en négociant pour le compte de l'entreprise un contrat destiné à lier cette dernière.

A supposer donc qu'une faute puisse bien être reprochée au négociateur personne physique, il devrait être théoriquement possible d'engager la responsabilité civile délictuelle de la personne morale, prise en sa qualité de commettant. La même solution vaut d'ailleurs lorsque le négociateur personne physique est, non un préposé, mais un dirigeant ayant accompli un acte en dépassement de ses pouvoirs. La Cour de cassation applique en effet aux fautes commises par les dirigeants la solution retenue pour les préposés. La seule différence est de vocabulaire. Tandis que le préposé engage sa responsabilité personnelle lorsqu'il dépasse les limites de sa mission, le dirigeant l'engage lorsqu'il commet une faute détachable de ses fonctions.

Théoriquement possible, la mise en jeu de la responsabilité de la personne morale s'avère pourtant à l'examen un rien troublante. Car elle permettrait de tempérer, sinon même de contourner, les conclusions formulées plus haut : la personne morale, qui échappe *directement* aux effets d'une négociation menée par une personne dépourvue de pouvoir, pourrait *indirectement* être amenée à supporter les conséquences des fautes commises par cette personne.

Ce trouble s'est révélé au grand jour à l'occasion de la célèbre décision « Outinord » de la chambre commerciale de la Cour de cassation, rendue le 20 octobre 1998[64]. Dans cette affaire, il était question d'un cautionnement souscrit par un directeur général d'une SA sans autorisation préalable du conseil d'administration. La sanction du défaut d'autorisation étant dans un tel cas l'inopposabilité de l'acte à la

62 - V. G. Viney et P. Jourdain, *op. cit.*, n° 797 et s.

63 - V. G. Viney et P. Jourdain, *op. cit.*, *loc. cit.*.

64 - Cass. com. 20 octobre 1998, JCP 1998, éd. E, p. 2025, note A. Couret; Def. 1999, art. 36942, obs. P. le Cannu ; Bull. Joly, 1999, p. 88, §19, note J-F. Barbiéri ; Banque et droit, mars-avr. 1999, p. 45, obs. M. Storck ; Dr. sociétés, 1999, comm n° 11, obs. Th. Bonneau ; JCP 1999, éd. G, I, n° 116, obs. Ph. Simler et Ph. Delebecque.

société[65], le cocontractant déçu cherchait à mettre en jeu la responsabilité du directeur général, personne physique. La Cour de cassation lui rétorqua que cette responsabilité ne pouvait être engagée, à défaut pour le directeur d'avoir commis une faute séparable de ses fonctions. Ce qui invitait tout naturellement à penser que seule la responsabilité de la personne morale pouvait en réalité être mise en cause, du fait de son dirigeant. Une grande majorité des commentateurs fit toutefois remarquer que si l'irresponsabilité du directeur général devait signifier la responsabilité de la personne morale, la société verrait mise à sa charge le poids de la faute consistant à avoir conclu un acte qui lui est précisément déclaré inopposable afin d'assurer sa protection[66]. La situation étant en apparence contradictoire, qui conduirait à obtenir par la voie de la responsabilité civile une condamnation contredisant l'inopposabilité de l'acte à la société, l'opinion a prévalu en doctrine que le dirigeant ainsi que la personne morale profitent en réalité tous deux d'une immunité[67]. Le premier parce que la responsabilité pèse exclusivement sur la seconde ; la seconde parce que la responsabilité annihilerait l'inopposabilité de l'acte et doit donc disparaître devant elle.

Cette double immunité est-elle justifiée ? La réponse nous paraît être négative. Il est depuis longtemps admis que le contractant à qui la nullité de l'accord est imputable peut voir sa responsabilité délictuelle engagée. Il ne devrait pas en aller différemment lorsque la cause de nullité est la violation des règles de répartition des pouvoirs dans une société. A cet égard, il semble difficilement contestable que le salarié ou le dirigeant qui agit sans pouvoir ou en dépassement de ses pouvoirs commet une faute. La société doit dès lors en répondre, à tout le moins lorsque cette faute a été commise dans le cadre des fonctions de son auteur. Il ne s'agit pas, notons-le, d'interférer avec la nullité, c'est-à-dire d'entraver les éventuelles restitutions, mais de faire supporter par l'auteur de la faute le dommage causé par l'annulation du contrat[68]. Bien évidemment, si le cocontractant est lui-même en faute pour n'avoir pas vérifié la réalité des pouvoirs[69], il sera tenu compte de cette faute afin d'exonérer la société. Mais cette exonération ne saurait être totale dans

65 - V. *supra*.

66 - V. d'ailleurs, refusant la mise en jeu de la responsabilité d'une SA en cas de sûreté souscrite sans autorisation du conseil d'administration : Lyon, 13 novembre 1996, D. 1998, 250, note R. Micha-Goudet et Y. Reinhard ; Paris, 25 juin 1996, D. 1997, somm. comm. 261, obs. M. Cabrillac ; *contra* Lyon, 25 septembre 1998, Bull. Joly, 1999, § 255, p. 109, note Scholer.

67 - Outre les commentaires de l'arrêt de 1998, cités *supra*, v. not. D. Miellet, Défaut d'autorisation des cautions, avals et garanties : inopposabilité + absence de faute séparable = impunité ?, JCP 2003, éd. E, p. 1394 ; Y. Piette, Mystères et paradoxes des lettres de confort, Bull. Joly, 2003, §108.

68 - Sur la distinction entre nullité, restitution et responsabilité, v. C. Guelfucci-Thibierge, Nullité, restitutions et responsabilité, éd. LGDJ, 1992, préf. J. Ghestin.

69 - Ce qui sera en pratique toujours le cas. La seule exception à laquelle on songe concerne en effet les hypothèses dans lesquelles les circonstances dispensaient le cocontractant de vérifier l'existence des pouvoirs, or ces hypothèses donnent lieu à application de la théorie du mandat apparent, ce qui conduit à considérer le contrat comme conclu et prive donc de tout intérêt une action en responsabilité.

la mesure où la faute du cocontractant ne satisfera jamais les conditions de la force majeure. On ajoutera d'ailleurs que les solutions du droit civil en faveur de l'immunité de l'incapable ou de la personne ayant agi sans pouvoir, qui fournissent un appui à la solution ici contestée, sont aujourd'hui abandonnée ou en passe de l'être. Ainsi l'aliéné majeur qui conclut un contrat nul peut voir sa responsabilité engagée depuis un arrêt de la Cour de cassation rendu en 2003[70]. De même, alors qu'il était traditionnellement admis qu'un époux accomplissant seul un acte soumis à cogestion ne pouvait voir sa responsabilité engagée[71], il a été lumineusement démontré par Gilles Goubeaux[72] que cette solution est aujourd'hui menacée et ne devrait pas résister longtemps au changement de cap opéré par la Cour de cassation.

Pour toutes ces raisons, il faut se féliciter qu'un arrêt discrètement rendu par la chambre commerciale en 2005 ait entrouvert la porte d'une action en responsabilité contre la société dans l'hypothèse même d'un cautionnement souscrit par un salarié sans autorisation[73]. Prudente, la cour d'appel n'avait pas osé admettre la réparation intégrale du dommage causé par l'inopposabilité de la garantie et avait finement fondé sa décision sur une faute d'organisation de la société, ayant fait perdre au cocontractant *une chance* de conclure une garantie valable. La Cour de cassation casse l'arrêt ayant ainsi limité la réparation en reprochant aux juges du fond de n'avoir pas recherché si la société était « outre ses fautes personnelles, responsable civilement des fautes commises par son salarié ». On peut prudemment déduire de cette solution que la condamnation de la personne morale du fait de ses salariés n'est pas radicalement impossible, faute de quoi la Cour de cassation aurait certainement mis fin aux discussions en déclarant le moyen inopérant.

Finalement, il semble que la responsabilité civile n'ait pas dit son dernier mot et qu'elle pourrait bien regagner à l'avenir quelques couleurs pour lutter contre les comportements abusifs dont se rendent parfois auteurs les négociateurs dépourvus de pouvoir agissant pour le compte des sociétés. Mais ce qu'il importe surtout de mettre en lumière, c'est la signification du recours à la responsabilité civile en cette matière. En participant aux négociations et éventuellement en concluant le contrat, les personnes qui agissent pour le compte de la personne morale donnent l'illusion qu'elles disposent de pouvoirs de représentation. Déclarer la personne morale responsable, c'est en définitive lui imputer à faute cette apparence trompeuse ; les dommages et intérêts jouant le rôle d'un moyen terme entre l'absence de sanction et la conclusion du contrat sur

70 - Cass. 1ère civ. 28 janvier 2003, Dr. fam. 2003, n° 152, note Th. Fossier ; LPA 24 oct. 2003, n° 213, p. 18, note crit. J. Massip ; Dr. et pat. janv. 2004, p84, obs. F. Chabas ; RJPF mai 2003, p. 13, obs. F.-J. Pansier.

71 - Cass. 1ère civ. 24 mars 1981, Bull. Civ., I, n° 99, RTDciv. 1981, 854, obs. G. Durry, et p. 407, obs. R. Nerson.

72 - G. Goubeaux, La cogestion en régime de communauté, le début de la fin ?, *in* Mlges Simler, éd. Dalloz-LexisNexis, 2006, p. 131 et s.

73 - Cass. com. 27 septembre 2005, inédit, n° 02-14081.

le fondement de l'apparence. Reste l'essentiel : à savoir l'illusion de pouvoir, qui ne peut s'expliquer que d'une seule façon : en accomplissant des actes matériels de négociation, le négociateur donne à voir, donne à croire qu'il a le pouvoir de conclure. Nouvelle manifestation, en somme, du glissement d'une conception matérielle vers une conception psychologique des négociations. Manifestation d'ambiguïté que l'on s'attend à retrouver au moment d'examiner le statut de ces autres intervenants aux négociations que sont les négociateurs non contractants.

Section II - Les négociateurs non contractants

Il est fréquent que les futures parties au contrat négocié ne se rencontrent pas directement ou en tous cas pas seules. Des intermédiaires sont présents pour les représenter, les rapprocher ou pour les conseiller. Ces intermédiaires ont en commun d'être parties aux négociations sans être parties au contrat négocié. Il convient de préciser nettement leur statut juridique. En commençant par la distinction habituelle opposant les personnes habilitées à parler au nom et pour le compte des précontractants, qui sont les représentants (§ 1) et les personnes simplement chargées d'une mission d'assistance, que nous appellerons par conséquent les assistants (§ 2).

§ 1 : Les représentants

Dans la catégories des représentants, nous n'aurons d'yeux que pour les représentants investis d'un pouvoir contractuel : les mandataires. Les représentants légaux ou judiciaires, que sont par exemple les parents du mineur, le tuteur ou curateur du majeur ou encore l'administrateur judiciaire chargé de représenter une entreprise placée en redressement judiciaire ne nous retiendrons guère.

Ces négociateurs-représentants ont le pouvoir d'agir au nom et pour le compte du représenté, c'est-à-dire de l'engager par leurs actes. Ceci suffit à les distinguer d'autres négociateurs non contractants auxquels, nous le savons, la qualité de « mandataire » est souvent attribuée à tort, dans la mesure où ils n'accomplissent que des actes matériels : par exemple (et sauf authentique mandat exprès) l'agent immobilier, l'agent commercial, le notaire ou le courtier.

La négociation faisant intervenir un représentant est soumise aux mêmes règles que celles qui s'appliquent lorsque la négociation est directe. Plus exactement, il s'y attache en principe les mêmes effets que si le représenté avait lui-même négocié. C'est pourquoi notamment le contrat lie le représenté dès qu'un accord sur les points essentiels est trouvé avec le représentant. Reste que la directive consistant à assimiler négociation avec un mandataire et négociation avec le mandant peut donner lieu à plusieurs difficultés d'application. Nous en retiendrons deux.

A. Les conséquences de l'intervention d'un représentant sur la formation du contrat

La première question est celle de savoir au regard de quelle personne (mandataire ou mandant) doivent s'apprécier les conditions de validité « subjectives » du contrat négocié, c'est-à-dire la capacité et le consentement. Sur ce point, il existe un très large consensus[74]. Il est admis, tout d'abord, que la capacité, en tant qu'elle protège une personne contre un acte dont les effets sont susceptibles de lui nuire, doit s'apprécier en la personne du mandant, car c'est lui qui a vocation à être lié par le contrat[75]. A l'inverse, les exigences tenant au consentement s'apprécient en la personne du mandataire et non du mandant[76]. Cette dernière conclusion épouse bien, de fait, la conception moderne de la représentation, dans laquelle c'est la volonté propre du mandataire qui, en rencontrant celle du cocontractant, permet la formation du contrat, et non celle du mandant, simplement portée par le représentant[77]. L'existence et l'absence de vices du consentement s'apprécient donc au regard de la volonté du seul mandataire. C'est dire par exemple que le dol subi par le mandataire rend nul le contrat qu'il conclut, sans qu'il y ait à établir que le consentement du mandant s'est lui-même trouvé vicié[78].

---

74 - V. par ex. J. Ghestin, M. Billiau et Ch. Jamin, Les effets du contrat, 3ème éd., LGDJ, 2001, n° 932 et s. ; Ph. Pétel, Rep. Civ., v° Représentation, n° 42 ; H., L., J. Mazeaud, Leçons de droit civil, Obligations, 9ème éd. Montchrestien, 1998, n° 154.

75 - Le fait que le mandataire ne puisse, lorsqu'il agit pour lui, passer valablement un acte déterminé ne lui interdit donc pas de consentir à ce même acte au nom et pour le compte d'autrui. C'est ce que reconnaît d'ailleurs explicitement l'article 1990 du code civil, selon lequel « Un mineur non émancipé peut être choisi pour mandataire (...) ». On en déduit parfois que le mandataire n'a pas à être juridiquement capable. En réalité, l'affirmation est d'une généralité trompeuse, qui néglige la polysémie de la notion d'incapacité. En tant qu'elle désigne une incapacité spéciale de jouissance, l'« incapacité » peut effectivement frapper le mandataire sans que cela n'ait d'incidence sur la validité de l'acte qu'il conclut es-qualité. Mais par contre, en tant qu'elle désigne l'impossibilité d'émettre un consentement sain, l'incapacité du mandataire rend nul le contrat qu'il conclut. Sur ce point, lire Ph. Didier, De la représentation en droit privé, éd. LGDJ, 2000, préf. Y. Lequette, n° 160 et s., spéc., n° 164. C'est pourquoi le mineur non doué de discernement ou bien l'aliéné ne peuvent bien évidemment conclure, même lorsqu'ils agissent en qualité de représentant, un contrat valable. Il faut donc, mais il suffit, que le mandataire ait conscience de la portée de ses actes. *De lege ferenda*, les choses pourraient changer. L'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription prévoit en effet dans un article 1120-2 alinéa 1er que : « Le représentant ne peut entreprendre ou poursuivre la mission à laquelle il est appelé s'il est atteint d'une incapacité ou frappé d'une interdiction ».

76 - Comp. J. Flour, J-L. Aubert et E. Savaux, L'acte juridique, 12ème éd., Armand Colin, 2006, n° 428, pour lesquels les vices du consentement s'apprécient aussi bien à l'égard du représentant que du représenté.

77 - Sur ce point, v. not. G. Wicker, Les fictions juridiques, contribution à l'analyse de l'acte juridique, thèse précitée, n° 45 et s. et les réf. citées.

78 - La Cour de cassation aurait posé cette solution dans une affaire concernant le dol dont avait été victime un représentant, en l'occurrence un crédit-preneur mandaté, comme il est d'usage, pour acheter le bien au nom et pour le compte du crédit-bailleur. Mais en réalité l'interprétation de la décision est délicate. Pour s'opposer à la nullité, le cocontractant reprochait en l'occurrence aux juges d'appel de n'avoir pas recherché si le mandant, lui aussi, avait été victime du dol, ce qui revenait à subordonner la nullité au constat que le dol avait vicié le consentement du mandataire mais aussi celui du mandat. La prétention est rejetée par la Cour de cassation au motif que « le consentement d'un mandant se trouve affecté des vices mêmes qui ont entaché celui donné par son mandataire agissant dans la limite de ses pouvoirs ; dès lors, la Cour d'appel (...) n'avait pas à rechercher si (la société mandataire) avait été elle-même victime de cette tromperie » : Cass. com. 2 mars 1976, Bull. Civ., IV, n° 78. C'est dire, si l'on comprend bien la Cour, qu'il n'est pas inutile, en droit, de vouloir caractériser l'existence du vice dans la personne du représenté. Simplement, cette condition se trouverait toujours remplie, en fait, dans la mesure où le vice affectant le consentement du mandataire rejaillit *nécessairement* sur le consentement du mandant. Cette façon de

Mais c'est surtout l'hypothèse inverse de celle que nous venons d'examiner qui doit retenir l'attention. Il n'y est plus question du dol subi par le mandataire, mais de celui commis par lui ou plus exactement connu de lui. La question se pose fréquemment dans la pratique des assurances et prend la forme suivante : l'assureur, mandant de ses agents généraux, peut-il reprocher à l'assuré d'avoir présenté une fausse déclaration de risque dès lors que l'agent général connaissait la réalité de la situation. Le fait, en d'autres termes, que le consentement de l'agent général ne soit pas vicié interdit-il à l'assureur de se prévaloir de la nullité du contrat ? La réponse de la Cour de cassation a varié. Certaines décisions ont fait dépendre cette réponse du point de savoir si l'agent général avait représenté, au sens strict, l'assureur. De fait, seule une authentique représentation permet de considérer que le mandant a eu connaissance par son mandataire de la fausseté de la déclaration. C'est ainsi qu'un arrêt, constatant qu'un agent n'avait pas le pouvoir d'engager l'assureur (il n'avait donc qu'un rôle de courtier), a retenu que la connaissance par cet agent de la fausseté de la déclaration était sans effet sur l'assureur, fondé à réclamer l'annulation du contrat[79]. Puis les décisions ont délaissé cette distinction en interdisant de manière systématique à l'assureur de se prévaloir de la nullité du contrat. Cette extension a tout d'abord été fondée sur la responsabilité civile, les arrêts ne manquant pas de viser l'article L. 511-1 du code des assurances, rendant l'assureur civilement responsable des fautes commises par ses préposés et mandataires[80]. Mais à la suite de deux décisions importantes des 19 mai[81] et 23 novembre 1999[82], le détour par la responsabilité civile du

raisonner paraît un peu datée, qui revient à admettre que la volonté du mandant ne peut se distinguer de celle du mandataire, à laquelle elle emprunte tout, y compris ses vices. Et l'on en vient à se demander si la Cour de cassation n'a pas tout simplement raisonné en matière de crédit-bail comme si l'acquéreur véritable était le crédit-preneur, et ce afin de la protéger contre un acte d'achat dont se désintéresse totalement le fournisseur de crédit. De fait, contrairement à ce que laisse entendre la Cour de cassation, rien n'implique que le dol ou l'erreur dont est victime le mandataire soient aussi subis par le mandat. Supposons par exemple qu'une personne ait une collection de véhicules anciens dont la particularité est qu'ils sont tous en état de fonctionnement. Elle donne mandat à une autre personne de rechercher et d'acheter pour elle un certain type de voiture. Le mandataire trouve le véhicule, l'achète mais apprend qu'il ne peut être utilisé sur la route à raison d'une législation sur la pollution, ce que le vendeur ignorait également. Du point de vue du mandataire, la vente est entachée d'erreur, erreur dont nous supposerons qu'elle portait sur une qualité substantielle (la possibilité de rouler avec le véhicule ayant été présentée par le mandataire comme un élément déterminant de son consentement). Mais du point de vue du mandant, il est possible que l'erreur n'existe point. Notamment parce que ce dernier a parfaitement conscience que le véhicule ne peut être utilisé sur le route, ce qui ne l'intéresse d'ailleurs pas. Le mandant peut-il se défaire du contrat pour erreur alors que son propre consentement n'a pas été vicié ? Ne serait-ce pas un moyen commode de se libérer d'une convention qu'il jugerait par ailleurs encombrante (admettons qu'il soit parvenu à acheter le même véhicule moins cher à un autre vendeur) ? Sans doute. C'est pourquoi il est peut-être excessif de considérer que le vice du consentement du mandataire rend automatiquement nul le contrat, et, partant, d'affirmer que les vices du consentement s'apprécient en la personne du seul représentant.

79 - Cass. 1ère civ. 2 avril 1974, Bull. Civ., I, n° 104 ; D. 1975, jur. 665, note Berr et H. Groutel.

80 - Art. L. 511-1 du code des assurances. Sur les insuffisances de la référence à la responsabilité civile pour expliquer la perte du droit d'invoquer la nullité, v. not. D. Langé, obs. sous Cass. 1ère civ. 23 novembre 1999, RGDA 2000, p. 50.

81 - Cass. 1ère civ. 19 mai 1999, Bull. Civ., I, n° 160 ; Gaz. Pal. 1999, 2, 689, note A. Favre-Rochex ; RDImm. 2000, 76, obs. G. Durry ; Def. 1999, art. 37041, n° 74, obs. Ph. Delebecque.

82 - Cass. 1ère civ. 23 novembre 1999, Bull. Civ., I, n° 312 ; Rapport annuel pour 1999, p. 408 ; Gaz. Pal. 30-31 août 2000, p. 1530, obs. A. Favre-Rochex ; RGDA 2000, p. 50, note D. Langé.

fait d'autrui a finalement été abandonné, la Cour de cassation affirmant que « l'assureur ne peut se prévaloir de la nullité du contrat d'assurance encourue (...) pour réticence ou fausse déclaration intentionnelle de la part de l'assuré, lorsque son agent général ou ses préposés en ont eu connaissance, au moment de la souscription du contrat d'assurance »[83]. Comment comprendre cette solution ? Si l'assureur ne peut invoquer la nullité, c'est semble-t-il parce qu'il est réputé connaître la fausseté de la déclaration. Il en a connaissance par les personnes qui agissent pour son compte, quand bien même elles ne seraient pas ses représentants au sens strict. « C'est par l'effet de la représentation, note ainsi Daniel Langé, que l'on considère que l'assureur a connaissance des faits par son mandataire. L'agent général comme le préposé représente l'assureur ; peu importe que l'un ou l'autre ait ou non le pouvoir de conclure le contrat. Ils « sont » l'assureur, au regard de l'assuré (...) »[84]. C'est dire que les solutions dictées par l'existence d'un mandat sont étendues à ceux qui négocient, même sans pouvoir de représentation. Ces derniers se révèlent « agents » doubles : officiellement simples exécutants mais secrètement déjà un peu représentants. Preuve supplémentaire de ce que contrairement aux apparences négocier n'est pas jouer.

B. Les conséquences de l'intervention d'un représentant sur la responsabilité encourue au titre des négociations

La seconde question que pose l'intervention d'un représentant dans la négociation des contrats est celle de savoir qui est responsable des fautes commises au cours de la négociation. Et l'on pense tout particulièrement à la faute consistant pour le mandataire à rompre abusivement les pourparlers. Faut-il, sur ce point, faire jouer à plein les effets de la représentation et décider que le représenté est tenu, à l'exclusion du représentant. La réponse est négative. Bien qu'elle n'ait pas spécifiquement statué sur le cas de la rupture des pourparlers, la Cour de cassation considère traditionnellement, s'agissant des fautes délictuelles commises dans l'exécution du mandat, que le mandataire en est personnellement tenu. Ce dernier ne s'efface en définitive derrière le mandant qu'en cas de réussite de sa mission, c'est-à-dire de conclusion de l'accord. Cela étant dit, le mandant n'est pas pour autant à l'abri d'une action en réparation. Car les tribunaux admettent aujourd'hui qu'il doit répondre des fautes commises par son mandataire sur le fondement de l'article 1384 alinéa 5 du code civil[85]. Confronté à une rupture fautive de

83 - Telle est la formule de l'arrêt du 19 mai 1999, précité. Celle de l'arrêt du 23 novembre est à peine différente dans la forme.

84 - Obs. précitées sous Cass. 1ère civ. 23 novembre 1999.

85 - Sur tous ces points, v. l'étude très complète de Ph. le Tourneau, Rep. Civ., v° Mandat, avril 2006, spéc. n° 352 et s.

pourparlers menés par un mandataire, le négociateur déçu dispose en définitive d'un double recours, contre le mandant et contre le mandataire.

§ 2 : Les assistants

Trois catégories d'assistants participent à la négociation des contrats. Les entremetteurs (ou courtiers), les conseils ainsi que les « observateurs intéressés ». En schématisant quelque peu, on peut dire qu'ils poursuivent tous un but distinct. Les premiers veulent le contrat, dont la formation conditionne souvent leur rémunération ; les seconds veulent la satisfaction des intérêts de leur client, qui peut passer par une renonciation au contrat ; les derniers veulent la protection de leurs propres intérêts, ce qui explique qu'ils s'immiscent dans la négociation d'un contrat qui les intéresse indirectement[86].

A. L'entremetteur ou courtier

L'entremetteur ou courtier reçoit pour mission d'une des parties de la mettre en relation avec une personne susceptible de conclure avec elle un contrat. Répondent notamment à cette définition les agents immobiliers, les notaires dans leur activité de négociation, les agents commerciaux lorsqu'ils n'ont aucun pouvoir de représentation ainsi que les courtiers, notamment en assurance. A la différence du mandataire, chargé de représenter son mandant et donc d'agir dans l'intérêt de ce dernier, le courtier ne devrait pas en principe apparaître comme le défenseur des intérêts de la partie à l'initiative de laquelle il intervient. Son rôle étant d'établir un lien entre les parties et de les amener, aussi bien l'une que l'autre, à contracter, la neutralité devrait caractériser son intervention. Le courtier doit son nom à ce qu'il court entre les parties, pas à ce qu'il court pour une des parties[87]. En pratique pourtant le courtier apparaît souvent comme agissant sous les « ordres » d'une des parties dont il sert, aux yeux de l'autre, les intérêts. Ainsi en est-il tout particulièrement de l'agent commercial qui apparaît comme l'émissaire de l'entreprise dont il place les produits ou services. Mais également aussi, bien qu'à un moindre titre, de l'agent immobilier qui est souvent l'interlocuteur unique de l'acquéreur ou du locataire, lequel est dès lors fondé à le tenir pour son contradicteur légitime, habile à négocier.

Dans ces conditions, il n'est pas totalement surprenant que certaines règles appliquées aux litiges faisant intervenir des courtiers

86 - Il n'est pas de fait de place à part aux rédacteurs d'actes que sont les notaires. Ces derniers intègrent toutefois la trilogie aux côtés des courtiers lorsqu'ils se livrent à une activité de « négociation » (au sens du décret précité de 1978) ou aux côtés des conseils.

87 - V. Merlin, Rép. universel et raisonné de jurisprudence, Garnery, 1812, tome 3, v° Courtier : « on disait autrefois *Couretier* ou *Couratier*, parce qu'un commissionnaire de cette espèce est obliger de courir et de se donner des mouvements pour remplir l'objet de sa commission. Le genre d'industrie du Courtier est à peu près le même que celui du proxénète ».

soient directement empruntées au contrat de mandat. Censé n'accomplir que des actes matériels de négociation, l'entremetteur est parfois traité comme un authentique représentant, ce mouvement signant à nouveau le déplacement d'une conception matérielle des négociations vers une conception psychologique. Deux exemples au moins peuvent être cités.

Tout d'abord la Cour de cassation a admis à plusieurs reprises que le dol commis par une personne chargée de placer des produits et services pour le compte d'une autre rend nulle la convention, pourtant directement souscrite entre le client et le vendeur ou prestataire[88]. L'article 1116 ne sanctionnant le dol que s'il émane du cocontractant, on pouvait penser que celui commis par le courtier ne justifierait pas l'annulation. Ne représentant pas celui pour le compte duquel il agit, le courtier ne peut, en théorie, être assimilé au cocontractant. Plus pragmatique, la Cour de cassation retient que l'intervention du courtier dans les négociations permet de l'assimiler à un mandataire. « La position de la Cour de cassation, écrivent d'ailleurs MM.Ghestin, Jamin et Billiau, est d'autant plus justifiée que la réalisation d'actes matériels est susceptible de participer d'ores et déjà à la conclusion de l'acte juridique. Quand un intermédiaire prospecte la clientèle, puis négocie et fixe les termes d'un contrat qu'il se borne à soumettre à la signature de celui qui lui a donné le pouvoir et qui sera lié, il n'est guère réaliste de distinguer trop nettement les deux phases de l'opération pour refuser à cet intermédiaire la qualité de représentant et à la personne liée celle de représenté »[89]. Une solution comparable a par ailleurs été admise au sujet de l'agent immobilier. Le dol commis par ce dernier permet l'annulation du contrat, quand bien même l'agent, c'est le principe, n'a aucun pouvoir de représentation[90].

Le second exemple, lui aussi jurisprudentiel, se rapporte à l'application de la théorie du mandat apparent aux courtiers. Pas moins que le salarié négociateur ou le mandataire agissant en dépassement de ses pouvoirs, le courtier intervenant dans les négociations peut se voir attribuer la qualité de mandataire apparent. Ainsi en a-t-il été du courtier disposant de contrats pré-imprimés à entête d'une compagnie d'assurance[91] ou, plus récemment, de l'agent commercial avec lequel le

88 - Cass. com. 24 mai 1994, Bull. Civ., IV, n° 184, RTDciv. 1994, p. 99, n° 5, obs. J. Mestre ; Cass. com. 13 juin 1995, JCP 1995, I, 3880, obs. Ch. Jamin.

89 - J. Ghestin, Ch. Jamin et M. Billiau, Les effets du contrat, *op. cit.*, n° 929.

90 - Cass. 3ème civ. 13 octobre 1999, inédit, n° 97-16160. La Cour fonde sa solution sur le fait que l'agent a la qualité de « mandataire », ce qui est exact au regard de la lettre de la loi Hoguet. Pour autant il ne s'agit pas d'un authentique mandat. Sur ce point, v. *supra*.

91 - Cass. 1ère civ. 21 novembre 2006, n° 05-13582. Comp. l'article L. 530-2-1 du code des assurances : « Les personnes non assurées mais ayant effectué, à un courtier ou à une société de courtage immatriculés au registre mentionné à l'article L. 512-1, des versements afférents à des contrats non régis par les dispositions de l'article L. 351-4 et faisant l'objet d'un engagement apparent de la part de l'une des entreprises mentionnées à l'article L. 310-1, seront garanties par ladite entreprise lorsque l'assurance de responsabilité civile du courtier ou de la société de courtage qui a reçu ces versements ne peut être actionnée.
L'assureur qui a donné sa garantie en application des dispositions de l'alinéa précédent est subrogé dans les droits et actions appartenant à l'assuré en vertu de celles de l'article L. 512-7 ».

partenaire était en « relations commerciales exclusives »[92]. Rien *a priori* ne justifie qu'il en aille différemment de l'agent immobilier. La théorie du mandat apparent a d'ailleurs été appliquée à un tel agent qui s'était comporté « comme représentant le vendeur et ayant pouvoir de l'engager » de sorte que les acquéreurs « étaient fondés à croire que ce professionnel des négociations immobilières pouvait engager son mandant (...) »[93]. Pourtant la première chambre civile de la Cour de cassation vient d'opérer un net revirement en décidant que le mandat apparent est inapplicable à l'agent immobilier : « le mandat apparent ne peut tenir en échec (les) règles impératives » que constituent les articles de la loi Hoguet et de son décret d'application subordonnant le pouvoir de représentation de l'agent immobilier à la production d'un mandat écrit faisant expressément référence au pouvoir d'agir au nom et pour le compte de son client[94].

B. Les conseils

Dans la catégorie des « conseils » nous rangerons pêle-mêle les personnes qui ont pour mission d'assister une des parties ou bien les deux dans la négociation ou la rédaction des contrats, ce qui permet notamment d'englober les avocats mais aussi les notaires pour leur activité essentielle de rédaction d'actes (dans tous les cas où ces professionnels ne reçoivent pas par ailleurs un authentique mandat). L'essentiel des litiges les concernant porte sur la mise en jeu de leur responsabilité civile lorsque l'acte est annulé ou ne satisfait pas les intérêts de celui qui en a souhaité la conclusion[95]. La sévérité dont fait preuve la jurisprudence à l'égard de ces conseils professionnels est bien connue et ne mérite pas qu'on s'y arrête dans le cadre de cette intervention. La seule question qui doit nous occuper est celle de savoir si la participation de ces « conseils » aux actes matériels de négociation peut donner lieu à des solutions trahissant l'idée qu'ils représentent, bien que sans pouvoir, l'une des parties. La théorie du mandat apparent vient à nouveau immédiatement à l'esprit, encore qu'elle ne s'applique pas aussi facilement au notaire qu'à l'avocat.

S'agissant des avocats, il faut commencer par faire observer, que s'ils sont dispensés par tradition d'établir la preuve d'un mandat lorsqu'ils interviennent dans le cadre d'un litige[96], ils sont au contraire tenus de

92 - Cass. com. 9 mai 2007, inédit, n° 05-16154.

93 - Cass. 1ère civ. 23 mars 1999, n° 96-21748. *Adde* Cass. 3ème civ. 25 mai 2005, Bull. Civ., III, n° 117 ; Cass. com. 7 janvier 1992, n° 90-13442 : un contrat de bail est signé pour un agent chargé de rechercher un locataire. L'agent avait souligné que la décision revenait au propriétaire mais la clause de « signature discrétionnaire » n'étant pas reprise dans le bail, le locataire est jugé fondé à tenir le contrat pour valablement conclu.

94 - Cass. 3ème civ. 31 janvier 2008, n° 05-15774, Def. 2008, art. 38740, n° 4, obs. E. Savaux, RLDC 2008, n° 47, p. 11, obs. S. Doireau.

95 - Sur cette question, v. G. Chantepie, La responsabilité des tiers impliqués dans la conclusion d'un contrat déséquilibré, à paraître dans les mélanges offerts à Mademoiselle Viney, éd. LGDJ, 2008.

96 - V. art. 416 al. 1er NCPC : « Quiconque entend représenter ou assister une partie doit justifier qu'il en a reçu le mandat ou la mission. L'avocat ou l'avoué est toutefois dispensé d'en justifier », *adde* R. Martin, Déontologie de l'avocat, 7ème éd. Litec, 2002, n° 42.

rapporter cette preuve lorsqu'ils interviennent hors de tout litige, dans la négociation d'un contrat. L'avocat n'agit donc par principe que comme conseil, non comme représentant, lorsqu'il intervient dans la négociation des contrats, sauf évidemment à disposer d'un authentique mandat, dont les tiers doivent alors vérifier l'existence et l'étendue[97]. L'article 8 du décret du 12 juillet 2005 « relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat »[98] précise d'ailleurs que « L'avocat ne peut, sans y avoir été autorisé spécialement et par écrit par le mandant, transiger en son nom et pour son compte ou l'engager irrévocablement par une proposition ou une offre de contracter ». Reste que par l'autorité qui s'attache à ses fonctions, l'avocat qui intervient dans les négociations peut facilement passer pour le représentant de son client, surtout s'il agit seul et s'impose comme interlocuteur unique. Ainsi a-t-il été jugé que l'avocat qui intervient dès le début des négociations et qui correspond avec le vis-à-vis de son client a, par ces seuls motifs, la qualité de mandataire apparent[99]. De même celui qui approuve une transaction après s'être présenté comme agissant pour le compte d'une indivision est réputé être mandataire de tous les co-indivisaires[100].

Les choses sont un peu différentes pour le notaire chargé de rédiger un acte, puisque sa qualité d'officier public ministériel lui confère aux yeux du public une neutralité rendant peu vraisemblable la croyance, chez l'une des parties, en l'existence des pouvoirs qu'il détiendrait aux fins de représenter l'autre. Certes, chaque partie peut avoir « son » notaire, tout comme elle peut avoir « son » avocat. Reste que la position de ces deux professionnels n'est pas tout à fait la même, le notaire apparaissant moins comme le gardien des intérêts de son client que comme un officier ministériel chargé d'authentifier les actes. Il est d'ailleurs notable que le notaire, contrairement à l'avocat, engage sa responsabilité civile *délictuelle* à l'égard de ses clients. C'est pourquoi il n'est guère surprenant que la théorie du mandat apparent trouve peu d'occasion de s'appliquer au notaire[101]. Il vient notamment d'être rappelé par la Cour de cassation que

97 - Cass. com. 7 janvier 1992, Bull. Civ., IV, n° 6. Un avocat était intervenu dans les négociations portant sur l'acquisition du fonds de commerce d'une entreprise en liquidation. Les juges d'appel jugèrent qu'il avait la qualité de mandataire apparent, notamment parce qu'il désignait son donneur d'ordre sous le vocable « *mon client* ». Cassation au motif « qu'en se déterminant ainsi, sans relever de circonstances ayant autorisé le syndic à ne pas vérifier les pouvoirs de l'avocat (...) ne relevant pas de l'exercice normal de ses attributions de représentation dans une instance en justice ».

98 - Art. 8 al. 1er du décret n° 2005-790 : « L'avocat doit justifier d'un mandat écrit sauf dans les cas où la loi ou le règlement en présume l'existence ».

99 - Cass. 1ère civ. 18 avril 2000, n° 98-12666.

100 - Cass. 1ère civ. 11 mai 1999, n° 97-15341. *Adde* Cass. 3ème civ. 2 mars 2005, Bull. Civ., III, n° 56.

101 - V. toutefois les nombreux arrêts qui reconnaissent au notaire un mandat apparent lorsque ce dernier notifie à une SAFER un projet d'acte afin de permettre à cette dernière d'exercer son droit de préemption : « sauf à démontrer que la SAFER ne pouvait pas légitimement croire que le notaire, officier public et ministériel, chargé d'instrumenter et investi d'une mission légale d'information du prix, des charges, des conditions et modalités de la vente projetée, disposait des pouvoirs nécessaires pour engager le vendeur, l'acceptation par cette société des prix et conditions notifiés rendait la vente parfaite » : Cass. 3ème civ. 15 décembre 2004, 2 arrêts, Bull. Civ., III, n° 246 ; Cass. 3ème civ. 5 juin 2002, Bull. Civ., III, n° 131 ; Cass. 3ème civ. 4 octobre 2000, Bull. Civ., III, n° 160.

le notaire qui reçoit « mandat » de rédiger un acte de vente ne peut être considéré comme le représentant apparent du vendeur lorsqu'il adresse le projet d'acte. C'est pourquoi l'acquéreur qui reçoit le projet ne peut, sous prétexte qu'il l'accepte, prétendre que la vente est formée[102].

C. Les observateurs intéressés

Il arrive parfois que participent aux négociations des personnes dont les intérêts se confondent avec ceux d'un des précontractants. Il s'agit d'assistants d'un type tout à fait particulier. Car leur rôle n'est en effet pas de favoriser la réussite des négociations ; il est de veiller à la protection de leurs propres intérêts et donc de ceux du précontractant avec lesquels ces intérêts se confondent. Bref, ces personnes n'assistent pas la négociation ; ils assistent *à* la négociation, car cette présence leur permet d'exercer un certain contrôle. Ce sont des « observateurs intéressés » (encore que le mot observateur laisse entendre qu'ils restent passifs, ce qui n'est pas nécessairement le cas). Répondent parfaitement à cette définition, dans les groupes de sociétés, les sociétés mères lorsqu'elles prennent part aux négociations menées par leurs filles, trahissant ainsi la relativité de l'autonomie reconnue à ces dernières. Cette situation soulève une question intéressante, qui est celle de savoir si la participation aux négociations peut engager ces personnes. A l'évidence non, si l'on se place sur le terrain contractuel. L'observateur intéressé n'ayant pas vocation à devenir partie au contrat négocié, il ne saurait, en cas de litige sur la formation de l'accord, être soutenu que le contrat le lie. Par contre, la question est un peu plus ouverte si l'on se place sur le terrain de la responsabilité civile. De fait, le négociateur confronté à une rupture des négociations qu'il juge abusive peut vouloir agir contre son vis-à-vis mais également contre l'observateur intéressé qui a participé aux pourparlers. On trouve trace de prétentions de cette nature dans les arrêts des juges du fond[103]. Il y est souvent objecté une fin de non recevoir, tenant au défaut de qualité du défendeur[104] : n'étant pas partie au contrat négocié, l'observateur intéressé ne pourrait se voir reprocher une rupture fautive des pourparlers. Cette fin de non recevoir est rejetée par les juges, ce qui nous semble heureux. Sur le fond, la prétention semble par ailleurs très favorablement accueillie. Ainsi un arrêt de la cour d'appel de Paris admet-il, après avoir relaté le déroulement des négociations, « que la société R. a en conséquence participé aux négociations devant aboutir à la cession

102 - Cass. 3ème civ. 7 juin 2006, n° 05-14946.

103 - Versailles, 12ème ch., section 2, 18 mars 2004, Juris-data, n° 282580 ; Paris, 3ème ch., section A, 7 juin 2005, Juris-data n° 283745 ; Paris, 1ère ch., section A, 9 mars 2004, Juris-data n° 243811 ; comp. Paris, 5ème ch., section A, 5 juillet 2006, Juris-data n°04/23992, source Lamyline Reflex, dans lequel une demande en réparation au titre d'une rupture abusive des pourparlers est formée par la société dont les titres étaient négociés.

104 - Dans l'arrêt de la cour d'appel de Versailles, précité (note précédente), la discussion a été portée sur le terrain de l'intérêt à agir.

des parts de la société L. et que sa responsabilité dans la rupture des pourparlers peut être recherchée comme celle (des cessionnaires) »[105]. Une décision de la cour d'appel de Versailles doit également être citée, qui statue dans le même sens après avoir constaté « qu'il résulte suffisamment des documents produits aux débats que la société (mère) a pris une part active aux négociations »[106]. Le seul arrêt qui, à notre connaissance, statue en sens contraire ne fait en réalité que conforter ces solutions puisqu'il fonde le rejet de l'action dirigée contre une société fille, tiers à un accord de cession négocié par sa mère, sur le fait que les négociations « ont été conduites entre (le demandeur) et la société (mère) exclusivement, sans que la société (fille) n'y joue aucun rôle »[107].

Ces décisions pourraient être sans grand intérêt si la faute reprochée à l'observateur intéressé était d'avoir porté atteinte à la réputation ou à l'honneur du partenaire éconduit. Car en pareil cas, il est naturel d'engager la responsabilité du fautif sans tenir aucun compte de titre auquel il participe aux négociations. Ce qui est intéressant, c'est que les arrêts statuent dans des hypothèses dans lesquelles la faute consistait à avoir rompu des pourparlers très avancés, ce qui suppose que les responsables ont fautivement fait croire en la réussite des négociations. La solution ne s'explique qu'en admettant que l'observateur intéressé a, au moins en partie et au moins aux yeux des tiers, le *pouvoir* de conclure le contrat. C'est parce qu'en négociant il est apparu comme le décideur et parce qu'il a laissé croire en la réussite des négociations que le participant est solidairement tenu avec le précontractant des dommages et intérêts. Par où l'on voit à nouveau que l'intervention dans les négociations peut être le signe extérieur d'un pouvoir de décision que le vis-à-vis, par souci de sécurité, est fondé à considérer comme réel. Négocier, c'est donc bien parfois un peu conclure.

105 - Paris, 7 juin 2005, précité.

106 - Versailles, 18 mars 2004, précité.

107 - Paris, 9 mars 2004, précité.

LE DROIT INTERNATIONAL PRIVE DE LA PERIODE PRECONTRACTUELLE

Christophe Seraglini
Professeur à l'Université Paris XI – Jean Monnet

1.Traiter[1] du droit international privé de la période précontractuelle est une tâche délicate et ce, pour plusieurs raisons. En premier lieu, la matière concernée, le droit international privé, apparaît souvent, aux yeux des non-spécialistes, au mieux absconse, au pire a priori indigeste. L'heure de la présente intervention ne facilite pas les choses : avant le déjeuner, cette intervention pourrait couper l'appétit de l'auditoire si elle se révélait effectivement indigeste. En second lieu, autre facteur de difficulté, et d'inquiétude pour l'intervenant, on ne peut qu'être frappé par la rareté des écrits sur le sujet à traiter. Alors que la période précontractuelle fait l'objet d'études approfondies en droit interne, les internationalistes la délaissent de façon étonnante. Les ouvrages généraux de droit international privé n'abordent généralement pas la question. Au mieux, les négociations contractuelles bénéficient de quelques lignes dans certains ouvrages de droit du commerce international, qui abordent toutefois le sujet de façon très pratique et descriptive, sans développements significatifs sur ces problèmes classiques du droit international privé que sont la détermination de la loi applicable ou de la juridiction compétente. Enfin, il existe très peu d'études particulières consacrées à une réflexion sur la façon dont le droit international privé doit aborder la période précontractuelle[2].
Ce silence relatif est-il le signe, chez les internationalistes, d'un désintérêt justifié pour une question sans grands enjeux pratiques ou, au contraire, d'une certaine méconnaissance, teintée de désinvolture, à l'égard d'un problème réel et important ?

2. Il faut avouer que le thème de la période précontractuelle en droit international privé peut rebuter les internationalistes eux-mêmes, tant

1 - Cet article constitue la version écrite d'une intervention orale lors du colloque organisé par l'Université Picardie Jules Verne le 4 avril 2007. Le style direct, propre à l'oral, a été largement conservé.

2 - V. néanmoins, B. Bourdelois, Réflexions sur le traitement des relations précontractuelles en droit international privé, *in* Mélanges en l'honneur de Ph. Malaurie, 2005, Defrénois, p. 107 ; M. Santa-Croce, J.-Cl. Droit international, Fasc. 552-50.

les problèmes qu'il est susceptible de couvrir sont divers et délicats.
Comme on vous l'a déjà largement exposé ce matin, la notion de « relations précontractuelles » vise des situations très diverses. La formation d'un contrat peut en effet être l'aboutissement d'un processus très complexe, émaillé de différentes étapes plus ou moins organisées par les parties et dans lesquelles peuvent intervenir des contrats préliminaires, « avant-contrats », et autres échanges divers entre les parties. Or, un tel constat se vérifie particulièrement en matière internationale.
C'est presque un lieu commun de dire que les contrats internationaux, particulièrement les « gros contrats », se concluent très souvent à l'issue d'un long processus de pourparlers. A leur égard, la période précontractuelle est peut-être encore plus longue, plus complexe dans son organisation, souvent plus coûteuse, et davantage parsemée d'accords et d'actes intermédiaires, qu'elle ne l'est en matière interne. De plus, la diversité des situations couvertes par l'expression « période précontractuelle » engendre à son tour des questions diverses : celle de la nature et des effets exacts des différents actes intermédiaires qui peuvent ponctuer la négociation, celle de l'existence ou non du contrat définitif, celle des effets de la rupture des négociations, etc. Or, pour chacune de ces questions, on pourra, dans un contexte international, s'interroger sur la détermination de la juridiction compétente pour trancher les éventuels litiges survenus entre les parties, et sur celle de la loi applicable[3]. Apparaissent ainsi, sur un sujet déjà relativement complexe, des questions propres au droit international privé qui ne le sont pas moins.
Et ces questions sont d'importance. En effet, la liberté et / ou les contraintes qui entourent la période de négociations varient d'un droit étatique à un autre[4]. Il en est de même pour les solutions relatives à la rencontre d'une offre et d'une acceptation, et donc à la formation du contrat ; on peut notamment songer ici aux réponses variables apportées par les droits étatiques à la délicate question du moment et du lieu de formation d'un contrat entre absents. Aussi, la détermination du juge compétent, et surtout celle de la loi applicable peuvent se révéler fondamentales.

3. Dès lors, il est légitime et utile de se demander comment le droit international privé appréhende ces questions diverses qui peuvent naître des négociations contractuelles de façon rationnelle et satisfaisante. Or, justement, peut-être qu'à l'heure actuelle, il n'y parvient pas. Le droit international privé se heurte à une première difficulté : un partage, quant à la qualification de ces diverses questions, entre deux catégories, la catégorie délictuelle et la catégorie contractuelle. Cela pose

3 - Voire sur l'existence éventuelle d'une spécificité suffisante de la matière justifiant une approche en termes de règles matérielles plutôt qu'en termes de conflit de lois.

4 - Sur ce point, v. M. Fontaine (dir.), Le processus de formation du contrat, Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen, Bruylant-LGDJ, 2002, et spécialement B. de Coninck, Le droit commun de la rupture des négociations contractuelles, *op. cit.*, p. 15 et s.

bien entendu des problèmes de frontières entre les deux catégories, tant au regard de la détermination de la loi applicable, qu'à propos de la détermination de la juridiction compétente pour trancher les litiges relatifs à la période précontractuelle ; il n'est en effet pas toujours aisé de déterminer ce qui, dans la période précontractuelle, relève de l'une ou de l'autre catégorie. Plus généralement, ce partage entre deux catégories, en ce qu'il peut conduire à une scission quant aux juridictions compétentes et / ou aux lois applicables pour résoudre les diverses questions litigieuses nées d'une même négociation contractuelle, est susceptible de compromettre le traitement homogène de la période précontractuelle en droit international privé. En outre, seconde difficulté, pour chacune de ces catégories, contractuelle et délictuelle, le choix du critère de rattachement pertinent pour désigner la loi applicable ou le juge compétent pose problème. Pour chacune, les critères de rattachement utilisés en titre général pour désigner la loi applicable ou le juge compétent paraissent en effet plus ou moins bien adaptés aux questions nées de la période précontractuelle.
Compte tenu du cadre limité de cette intervention, le propos sera essentiellement circonscrit aux problèmes de conflit de lois engendrés par la période précontractuelle. Même ainsi limité, le sujet, comme les difficultés qu'il engendre, restent vastes et ne seront ici qu'effleurés.

4. Quant au conflit de lois relatif à la période précontractuelle, comme une partie qui hésite à conclure ou non le contrat, le droit international privé est donc tiraillé par des hésitations sur les frontières entre les catégories de rattachement et sur les critères de rattachement pertinents propres à chaque catégorie. Aux problèmes de frontières entre catégories (section I), s'ajoutent ainsi des problèmes de choix des rattachements appropriés (section II).

Section I - Les problèmes de frontières des catégories contractuelle et délictuelle

5. On touche ici aux difficultés de qualification en droit international privé des questions nées de la période précontractuelle. Pour rappeler brièvement les enjeux de la qualification, il suffit d'indiquer que la méthode conflictuelle classique, autrement appelée méthode bilatérale ou savignienne, vise à désigner, dans des situations présentant un caractère international, la loi applicable à une question juridique donnée, généralement posée à un juge. Sa mise en œuvre implique donc de qualifier ladite question de droit, afin de la ranger dans la catégorie englobant les questions juridiques de même nature, pour lui appliquer ensuite le critère de rattachement affecté à cette catégorie ; ce critère de rattachement est censé être le plus approprié au regard de la nature de la question de droit posée, en ce qu'il permet de désigner l'ordre juridique

qui présente avec cette question les liens les plus significatifs. Autrement dit, la règle de conflit sert à désigner l'ordre juridique le plus pertinent pour résoudre les questions de droit de même nature que celle posée au juge. Ainsi, une qualification, suivie de l'application d'un critère de rattachement, tels sont les préceptes de la méthode conflictuelle.
On perçoit aisément toute l'importance de la qualification en droit international privé : chaque catégorie étant affectée d'un rattachement qui lui est propre, le classement d'une question de droit dans une catégorie plutôt que dans une autre conditionne directement la désignation de la loi applicable et, consécutivement, peut-être la solution qui sera donnée au fond du litige en application de la loi désignée. Le choix de la catégorie concernée par la question de droit posée au juge s'avère donc primordial.

6. En droit international privé, le principe qui domine l'opération de qualification est celui de la qualification *lege fori*, c'est-à-dire selon les conceptions du for. Or, à cet égard, comment le for, en l'occurrence le droit français, appréhende-t-il la période précontractuelle ? On dit souvent que la période précontractuelle a cette particularité qu'elle n'existe, par définition, que dans la perspective d'un contrat, mais que, par définition encore, elle intervient avant ce contrat et sans qu'il soit certain qu'elle aboutira effectivement à sa conclusion. Néanmoins, c'est une période qui est aussi parfois marquée, surtout en matière internationale, par la conclusion « d'accords » entre les parties, préalablement au contrat définitif envisagé. Aussi, on ne peut guère s'étonner que l'hésitation soit permise, sur le plan de la qualification, entre les catégories contractuelle et délictuelle et, qu'en réalité, il y ait une place pour chacune et un « partage des compétences » entre elles.
En effet, si l'on peut constater une primauté apparente de la qualification « délictuelle » pour les questions relatives à la période précontractuelle (§ 1), elle n'exclut en rien une certaine interférence de la qualification « contractuelle » (§ 2). La question est alors de savoir si ce partage est pertinent et aisément identifiable, ou s'il ne nuit pas au contraire à un traitement cohérent de l'ensemble des questions nées de la période précontractuelle en droit international privé.

§ 1 : La primauté apparente de la qualification délictuelle

7. La primauté de la qualification délictuelle se révèle surtout à propos de la question de la rupture des pourparlers, c'est-à-dire de la responsabilité éventuelle que peut encourir une partie pour avoir mis fin aux négociations ou pour les avoir fait échouer. Il est généralement admis en France, contrairement à la solution retenue dans d'autres droits, que cette responsabilité est de nature extracontractuelle[5]. La traduction

5 - Cass. com. 9 avril 1996, Bull. civ. IV, n° 117 ; 11 janvier 1984, *ibid.*, n° 16.

immédiate de la solution en droit international privé français est que les questions relatives à la rupture des pourparlers, et notamment à la responsabilité encourue, relèvent de la catégorie délictuelle et de la règle de conflit de lois correspondante.

Au demeurant, ce point de vue trouve un appui fort à l'échelon européen auprès de la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes. La Cour de Justice a estimé, dans un arrêt du 17 septembre 2002[6] : « *En l'absence d'engagements librement assumés par une partie envers une autre à l'occasion des négociations visant à la formation d'un contrat et par l'éventuelle violation de règles de droit, notamment celle qui impose aux parties d'agir de bonne foi dans le cadre de ces négociations, l'action par laquelle la responsabilité précontractuelle du défendeur est invoquée relève de la matière délictuelle ou quasi délictuelle, au sens de l'article 5, point 3, de la Convention du 27 septembre 1968 (...)* ». La solution[7], rendue en matière de conflit de juridiction et à propos de la question de savoir si la responsabilité pour rupture de pourparlers relève de la matière « contractuelle » ou « délictuelle » au sens des dispositions des articles 5.1 et 5.3 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 qui déterminent respectivement la compétence spéciale des juges en matière contractuelle et délictuelle au sein de l'Union européenne[8], est certainement transposable au domaine des conflits de lois. Ainsi, la Cour de Justice estimerait probablement, dans le cadre de l'interprétation de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles[9], que les pourparlers, dès lors qu'ils n'ont pas été formalisés par un contrat, ne relèvent pas de la matière contractuelle au sens de cette convention. Au demeurant, le projet de Règlement « Rome I », ayant vocation à remplacer cette convention et en voie d'adoption, exclut quant à lui de façon claire de son champ d'application les obligations résultant d'une relation précontractuelle (article 1-2i)[10], et le Règlement dit « Rome II » sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, adopté le 11 juillet 2007, inclut au contraire dans son champ d'application la *culpa in contrahendo*[11].

Dès lors, la cause paraît entendue. Cependant, la situation est plus complexe qu'il n'y paraît.

---

6 - CJCE, 17 septembre 2002, *Tacconi*, aff. C-334/00, Rev. crit. DIP 2003, p. 668, note P. Rémy-Corlay.

7 - Voir déjà, dans la jurisprudence française, CA Paris, 3 avril 2002, JDI 2003, p. 145, obs. A. Huet.

8 - Aujourd'hui Règlement n° 44/2001 du 22 décembre 2000, dit « Bruxelles I », concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

9 - Le protocole confiant l'interprétation de cette convention à la Cour est entré en vigueur très tardivement : décret n° 2005-17 du 5 janvier 2005, J. O. du 12 janvier 2005, p. 501.

10 - Le Règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations contractuelles a été adopté en première lecture par le Parlement européen à la fin de l'année 2007.

11 - Règlement n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil, 11 juillet 2007, JOUE, n° L 199, 31 juillet 2007, p. 40. Sur ce Règlement, v. *infra*, n° 25 et s.

8. En premier lieu, la solution reste contestée par certains auteurs qui ne sont pas dépourvus d'arguments de poids[12]. Selon eux, les protagonistes de la phase de négociation ne sont plus totalement étrangers l'un à l'autre et, plus les négociations avancent, plus ce constat prend de l'ampleur. Au fil des négociations, on attend de plus en plus de l'autre, on croit de plus en plus en l'avènement d'une relation contractuelle, on fonde peut-être de plus en plus de prévisions sur cette base ; en bref, on acquiert progressivement un état d'esprit « contractuel ». Cet état d'esprit peut être conforté par le fait que la rupture « fautive » est souvent celle qui intervient tardivement, à un moment où on est proche de la conclusion du contrat définitif ou, au moins, on fonde l'espoir de parvenir à sa signature. Aussi, pourquoi un tel divorce brutal avec les croyances et espoirs des parties dès l'instant où l'une d'elles rompt les négociations, pour en revenir au domaine délictuel qui vise avant tout des situations dans lesquelles aucun lien ne préexistait entre les parties ? La question peut d'autant plus être posée que, comme nous le verrons, le problème de l'existence même du contrat, de sa formation réelle ou non, du passage ultime de l'absence de contrat au contrat et, par conséquent, d'une certaine manière, du passage du délictuel au contractuel, relève bien, quant à lui, de la catégorie contractuelle[13].
D'autres esprits estimeront néanmoins, et non sans raison, que la période des pourparlers ne caractérise pas encore le contrat et que les protagonistes doivent y rester libres. Aussi, il ne serait pas justifié de faire entrer la question de la rupture des pourparlers dans la catégorie contractuelle, où le critère de rattachement répond à une logique différente de celle qui détermine le critère de rattachement affecté à la catégorie délictuelle. Cette opposition résume, d'une certaine manière, l'attitude ambiguë de chaque partie dans la phase des négociations : chacune veut rester libre, tout en considérant que l'autre devrait l'être un peu moins (ou au moins devait, puisque la question survient surtout en cas d'échec des pourparlers lorsqu'une partie cherche alors à engager la responsabilité de l'autre à ce titre).

9. En second lieu et en toute hypothèse, la solution privilégiant la qualification délictuelle n'exclut pas qu'une place demeure pour le domaine contractuel dans la phase des négociations. En effet, face à l'incertitude et la précarité marquant la période des négociations, et afin de s'assurer une certaine sécurité juridique, les parties organisent parfois plus ou moins la phase des négociations, donnant ainsi un rôle à jouer à l'institution contractuelle.

12 - V. les auteurs cités par M. Santa-Croce, J.-Cl. Droit international, Fasc. 552-50, n° 47.

13 - V., sur les difficultés engendrées notamment par la coexistence, dans le cadre d'une instance judiciaire, d'une demande principale en reconnaissance de l'existence du contrat et d'une demande subsidiaire en responsabilité pour rupture des pourparlers, *infra*, n° 15 et s.

§ 2 : L'interférence de la qualification contractuelle

10. Deux facteurs contribuent à attribuer un certain domaine d'application à la catégorie contractuelle et aux règles de conflit de lois qui en découlent. D'une part, les négociations entre les parties ne sont pas toujours « informelles » ; elles le sont même de moins en moins dans le commerce international, surtout à propos de « grosses opérations » pour lesquelles les parties concluent souvent des « actes » préalables au contrat définitif, de nature et de portée variables mais dont certains au moins relèveront de la qualification contractuelle (A). D'autre part, la question de l'existence ou non du contrat « définitif » relève de la qualification « contractuelle » (B). Cependant, sur ces deux points, la question est souvent délicate et les solutions apportées ne sont, ni incontestées, ni incontestables.

A. La question des actes « préparatoires » ou « préalables »

11. La négociation d'un contrat international est de plus en plus souvent organisée assez précisément. Elle pourra être ponctuée d'actes ou accords « préparatoires », de dénomination, nature et portée diverses, et qui seront plus ou moins contraignants pour les parties : accords sur la conduite des négociations qui en fixent le cadre et imposent à ce titre certaines obligations aux parties (par exemple, une obligation de confidentialité) ; accords de principe qui obligent les parties à poursuivre de bonne foi les discussions ; autres accords plus proches de la conclusion du contrat principal, comme des accords partiels sur certains points du contrat définitif, des pactes de préférence, des promesses de contrats, unilatérales ou synallagmatiques, conditionnelles ou pures et simples ; ou encore certaines figures particulières apparaissant principalement dans le commerce international et parfois difficiles à définir précisément, comme les lettres d'intention, les protocoles d'accord, et autres « *memorandum of understanding* » (MOU) ou « *memorandum of agreement* » (MOA)[14].

12. Il résulte de cette diversité une première difficulté : saisir la nature exacte et la portée de chacun de ces actes, afin de pouvoir le qualifier pour les besoins du droit international privé. Certes, ils semblent tous d'essence contractuelle, mais sont-ils véritablement tous des accords de volontés créateurs d'obligations contractuelles à la charge des parties relevant à ce titre du domaine contractuel en droit international privé ? En cas de réponse négative, l'acte en cause devrait logiquement relever de la qualification délictuelle. Or, la portée que les parties ont entendu

14 - Sur ces négociations formalisées, v. J. M. Loncle et J. Y. Trochon, La phase de pourparlers dans les contrats internationaux, RDAI 1997/1, p. 3.

attribuer à l'acte en question n'est pas toujours facile à déterminer.
La difficulté semble relativement facile à résoudre dans le cas des « contrats de négociation », qui fixent les conditions de celle-ci. La catégorie « contrat » paraît aisée à retenir en ce qui les concerne. Toutefois, leur objet est en règle générale relativement limité : ils ne renferment pas d'accord sur des éléments caractéristiques du contrat définitif ; ils visent seulement à discipliner la conduite des négociations. D'autres accords, comme les divers protocoles intermédiaires pouvant être signés lors des négociations, sont plus proches du contrat définitif quant à leur objet et leur contenu, mais plutôt plus éloignés d'un contrat quant à leur caractère obligatoire et contraignant ; au demeurant, le contenu de l'accord peut être très variable, et plus ou moins contraignant, d'une espèce à une autre. Au surplus, la frontière entre ces divers actes n'est pas toujours facile à tracer, le mélange entre les deux catégories qui viennent d'être évoquées – contrats de négociation et protocoles intermédiaires - n'étant pas à exclure. Enfin, le vocabulaire employé par les parties nuit parfois à la clarté, dans la mesure où la rigueur n'est pas toujours de mise. Aussi, il est parfois permis d'hésiter quant à la qualification de ces actes intermédiaires.
Pour illustrer le propos, on peut évoquer les « gentlemen's agreements » (engagements d'honneur, « honour clauses », etc.) qui sont en principe des engagements non juridiques. Cependant, compte tenu des termes employés dans l'engagement litigieux, l'hésitation sera parfois possible quant à la qualification à retenir. Pour la même raison, la qualification, au regard des catégories du droit international privé, des lettres d'intention, « *concept papers* », « *heads of agreement* », et autres « *memorandum of understanding* », peut se révéler délicate.

13. L'opération de qualification peut se heurter à une difficulté supplémentaire. Certes, en principe, la qualification se fait en fonction des conceptions du for et il appartient donc logiquement à la loi du for de décider de la nature contraignante ou pas de l'acte en question, une fois son contenu analysé. Cependant, il se peut que l'acte en question soit une institution étrangère relativement ignorée du droit français. Il faudrait alors en principe interroger le droit étranger concerné, à supposer qu'il soit aisément identifiable, pour s'informer sur les caractères exacts de l'acte en question, afin de pouvoir le qualifier selon les concepts du for[15]. Cependant, il est vrai que cette difficulté potentielle est quelque peu occultée en pratique du fait de la nature de la question posée : s'agissant essentiellement d'une question d'interprétation de la volonté des parties, et par conséquent essentiellement factuelle, les juges ont tendance à l'aborder en raisonnant « directement », donc finalement selon la seule loi du for.

15 - Sur cette démarche, v. P. Mayer, V. Heuzé, Droit international privé, Montchrestien, 9e éd., 2007, n° 151 et s., p. 118.

B. La question de l'existence du contrat définitif

14. Même lorsque les négociations ne sont pas organisées au moyen d'actes passés entre les parties, la catégorie contractuelle n'est pas totalement absente. En effet, on peut hésiter quant à la qualification en droit international privé lorsqu'il s'agit d'apprécier la réalité et / ou les modalités de la rencontre des consentements, ou la portée du silence gardé comme mode possible d'acceptation d'une offre dès lors qu'une contestation existe à cet égard, ou encore de déterminer le moment et le lieu de rencontre de l'offre et de l'acceptation dans les contrats entre absents : doit-on qualifier ces questions, relatives au régime de la rencontre des volontés, de « contractuelles » et les soumettre à la loi du contrat, alors même qu'il s'agit justement de savoir s'il y a eu ou non rencontre de volontés et que l'existence du contrat est peut-être mise en doute ? Le droit positif répond par l'affirmative.
Ainsi, dès avant l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, la jurisprudence française semblait s'orienter vers la qualification contractuelle et l'application de la loi du contrat prétendu pour résoudre la question de la portée du silence comme mode d'acceptation du contrat[16]. L'article 8.1 de la Convention de Rome[17] décide quant à lui que la question de l'existence même du contrat est soumise en principe à la loi qui serait applicable en vertu de la Convention si le contrat existait et était valable[18]. Ainsi, le régime de l'offre, de l'acceptation, et de leur rencontre, relève de la loi du contrat.

15. Toutefois, une question demeure : qu'advient-il si l'application de la loi du contrat conduit à conclure qu'il n'y a pas contrat ? Ne risque-t-on pas alors de se trouver confronté à certaines contradictions ou, à tout le moins, à certaines situations curieuses ? Prenons l'exemple d'une action en dommages et intérêts pour rupture fautive des négociations, présentée de façon subsidiaire à une action principale tendant à la reconnaissance de l'existence du contrat. Cette demande subsidiaire devrait logiquement, faute de contrat, relever de la qualification délictuelle et de la loi applicable aux délits. Cependant, un esprit sain (les internationalistes l'ont-ils ?) pourrait être tenté, au nom du traitement cohérent de ces deux questions très liées et posées au juge dans une même instance, de remettre en cause cette qualification de principe et d'appliquer également à la demande subsidiaire la loi désignée par la règle de conflit contractuelle. La démarche pourrait trouver un appui dans l'article 10.1, e) de la Convention de Rome[19] relatif au domaine de la loi du contrat, qui

16 - CA Paris, 14 décembre 1993, Rev. crit. DIP 1995, p. 300, note H. Muir-Watt.

17 - Article 9.1 du projet de Règlement « Rome I ».

18 - Sur la réserve formulée par l'article 8.2 de la Convention et 9.2 du projet de Règlement au profit de la loi de la résidence habituelle de celui qui prétend ne pas avoir consenti, v. *infra*, n° 19.

19 - Article 11.1 du projet de Règlement.

dispose que cette loi s'applique aux conséquences de la nullité de celui-ci ; même si la question est ici plutôt celle de l'inexistence du contrat, on pourrait, selon la même logique, estimer que l'éventuelle sanction de sa non-formation relève également du domaine de la loi du contrat. Ainsi, la loi du contrat, selon laquelle il n'y a pas contrat, régirait néanmoins cette question, alors même que ses règles substantielles internes prévoiront peut-être que la responsabilité encourue en cas de non-formation du contrat est délictuelle ! Curieuse solution...
Dans ces conditions, certains estimeront plus raisonnable de maintenir une dissociation entre la qualification des deux demandes et de considérer que la question de l'existence du contrat relève de la catégorie « contractuelle » et de la loi du contrat et, qu'au cas où cette question recevrait une réponse négative, la question de la sanction de la non-conclusion du contrat en raison de la faute de l'une des parties, par exemple d'une rupture fautive des pourparlers, relève de la catégorie « délictuelle » et de la loi du délit. Cependant, un esprit chagrin pourra souligner que cette dernière loi est alors susceptible de considérer, dans ses règles substantielles relatives au contrat, que le contrat est formé ! La remarque n'impressionnera toutefois pas l'internationaliste, qui répondra que ces règles substantielles ne seront pas consultées et qu'elles ne sont pas susceptibles de remettre en cause la qualification délictuelle opérée par la loi du for.
Néanmoins, le droit international privé apparaît à tout le moins bien compliqué pour les non-spécialistes... et surtout offrir un traitement morcelé de questions pourtant relativement liées. Sans trop vouloir entrer dans les subtilités de la technique du conflit de lois, on pourrait finalement estimer que les deux questions sont trop interdépendantes et que, pour maintenir une certaine cohérence, il convient effectivement de les soumettre à une seule loi, celle du contrat. Cependant, on aboutirait alors à une curieuse différence de régime selon le contexte dans lequel les questions seront posées au juge. En effet, si une partie invoque directement et principalement la rupture fautive des négociations par son cocontractant et réclame des dommages et intérêts à cet égard, la qualification sera certainement délictuelle. En revanche, si la même partie invoque la même demande seulement à titre subsidiaire, au cas où sa demande principale en reconnaissance de l'existence du contrat serait rejetée, la qualification retenue pour cette demande subsidiaire serait alors contractuelle et soumise à la loi du contrat !

16. Cette situation quelque peu kafkaïenne conduit à une réflexion plus générale : ces curiosités ne démontrent-elles pas que les distinctions opérées sont excessivement compliquées et artificielles, et que les qualifications sont à revoir pour parvenir à un régime cohérent en droit international privé des rapports qui se nouent dans cette phase particulière qu'est celle de la négociation contractuelle ?

Cette interrogation engendre d'ailleurs des propositions diverses en doctrine. Ainsi, afin d'offrir, autant que faire ce peut, un régime cohérent et homogène en droit international privé à la période précontractuelle, certains auteurs prônent une « *qualification élargie du domaine contractuel* »[20]. Selon eux, il conviendrait de ranger dans la catégorie « contrat » toutes les questions nées de cette période, ou au moins une grande partie d'entre-elles. C'est, dans une certaine mesure, la logique suivie en matière de réglementation substantielle par les Principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international qui réglementent précisément, non seulement la formation du contrat et des questions comme l'offre, l'acceptation, leur rencontre, mais aussi certains points de la conduite des négociations (l'obligation de négocier de bonne foi et la responsabilité encourue à cet égard : art. 2.1.15 ; ou l'obligation de confidentialité pendant la négociation : art. 2.1.16). Il en est de même pour les Principes de droit européen des contrats[21]. Dans une moindre mesure, cette logique se retrouve dans le Règlement « Rome II » qui soumet, en principe, la question de la responsabilité précontractuelle à la loi du contrat[22].
Cependant, suivre cette orientation conduirait malgré tout à une interrogation : les règles de droit international privé, de conflits de lois comme de juridictions, relatives aux contrats sont-elles véritablement adaptées à l'ensemble de ces questions ? Ce n'est pas certain. Ainsi, par exemple, doit-on vraiment appliquer à la rupture de négociations une loi choisie dans un acte dont on décidera finalement qu'il n'est qu'un projet de contrat, peut-être établi unilatéralement par l'une des parties ?[23] Ne conviendrait-il pas plutôt de s'interroger sur l'avènement d'une nouvelle catégorie à construire, propre à la période précontractuelle et à laquelle seraient affectés des rattachements spécifiques ?

Section II - Les problèmes de détermination du critère de rattachement approprié

17. Ici encore, on peut se heurter à de nombreuses difficultés en droit international privé s'agissant des questions nées de la période précontractuelle. On n'en évoquera que certaines, en distinguant selon qu'est retenue, au stade de la qualification, la catégorie « contrat » (§ 1) ou la catégorie « délit » (§ 2).

20 - M. Santa-Croce, J.-Cl. Droit international, Fasc. 552-50, n° 5.

21 - V. notamment art. 2 : 211, et la section intitulée « Responsabilité à l'occasion des négociations », art. 2 : 301 et art. 2 : 302.

22 - V. *infra*, n° 25 et s.

23 - Sur ce point, v. *infra*, n° 25.

§ 1 : Quelle loi contractuelle ?

18. La qualification contractuelle peut être aisément retenue au moins à l'égard de certains actes préparatoires intervenant dans le cadre des négociations. Il y a alors bien contrat, mais un contrat qui n'est pas le contrat définitif. Aussi, une question se pose : en droit international privé, faut-il lui accorder un régime distinct de celui du contrat définitif ou, au contraire, déterminer la loi applicable au contrat préparatoire en prenant en compte les liens qu'il entretient avec le contrat définitif, voire lui appliquer la loi régissant le contrat définitif ? En réalité, deux situations au moins doivent être ici distinguées.
Si les parties ont désigné une loi applicable dans le contrat préparatoire, notamment dans un contrat de négociation fixant les conditions de celle-ci, ou dans une promesse unilatérale ou synallagmatique de contrat, la difficulté sera résolue : cette loi s'appliquera. Aussi, on ne peut que conseiller aux parties, afin de lever une grande partie des difficultés potentielles, de choisir la loi applicable à leur contrat préparatoire, ainsi au demeurant que le mode de règlement des litiges éventuels, pour également éviter les discussions relatives au conflit de juridictions.
En revanche, en l'absence de choix de loi dans le contrat préparatoire, la question survient : faut-il localiser le « contrat » préparatoire lui-même, selon des indices propres, pour déterminer la loi qui lui est applicable, ou le rattacher au contrat définitif, peut-être non conclu ?[24]
Si l'on choisit d'envisager le contrat préparatoire de façon autonome, la difficulté pourra être de le localiser. En effet, on pourra hésiter quant à l'ordre juridique avec lequel il entretient les liens les plus étroits. Très souvent, on devra relever le caractère inopérant de la présomption posée par l'article 4.2 de la Convention de Rome en faveur de la résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique. Par exemple, si l'obligation principale imposée par le contrat préliminaire est de mener les négociations de bonne foi et avec loyauté, ou de respecter une certaine confidentialité, alors elle est généralement à la charge des deux parties, toutes deux débitrices de cette « obligation caractéristique ». Il conviendra par conséquent de revenir au critère général des « liens les plus étroits » pour localiser le contrat, conformément à l'article 4.5 de la Convention. Mais justement, quels sont ces liens ? La réponse n'a rien d'évidente. Cette localisation dépendra largement de la nature et du contenu de l'acte préparatoire en cause, et notamment de son caractère plus ou moins proche du contrat définitif : éloigné de celui-ci, il pourra être envisagé de façon plus autonome quant à sa localisation ; au contraire, s'il en est proche, comme dans le cas d'une promesse synallagmatique, on pourrait être tenté d'appliquer la loi du contrat envisagé, même si ce dernier n'a finalement pas été conclu.

24 - Sur ces questions, v. M. Santa-Croce, J.-Cl. Droit international, Fasc. 552-50, spéc. n° 32 et s.

Mais la question peut alors rebondir : faudra-t-il appliquer l'éventuelle loi désignée dans le projet de contrat définitif non conclu, ou s'en tenir à une localisation objective de ce dernier ?

19. Les choses ne sont guère plus claires à propos du contrat définitif lui-même. L'article 8.1 de la Convention de Rome nous fournit certes une solution sur la question de la loi applicable à l'existence même du contrat, qui est régie par la loi de ce contrat[25]. Cependant, il n'est pas tout à fait sûr de son fait, puisqu'une exception est apportée à la compétence de la loi du contrat, sous la forme d'une règle matérielle. Selon l'article 8.2 en effet, une partie peut se référer à la loi de sa résidence habituelle pour établir qu'elle n'a pas consenti, s'il résulte des circonstances qu'il ne serait pas raisonnable de déterminer l'effet de son comportement d'après la loi qui serait applicable si le contrat était valable. L'hypothèse vise essentiellement le cas du silence gardé, mais révèle bien que la compétence donnée à la loi du contrat n'était pas totalement indiscutable.

§ 2 : Quelle loi du délit ?

20. Ici, les choses ne sont guère plus limpides. Pourtant, la solution semble a priori simple à énoncer et bien ancrée : le droit international privé français retient depuis longtemps la compétence de la *lex loci delicti* [26] en matière délictuelle. Aussi, les questions relatives à la rupture des pourparlers, à tout le moins lorsqu'aucun « contrat préalable » n'est en cause, relèvent en principe de loi du lieu du délit. Cependant, les apparences sont souvent trompeuses.

21. On retrouve ici une question particulièrement épineuse en droit international privé, celle de l'application au cas des délits complexes du rattachement à la loi du lieu du délit.
Le délit complexe peut être défini comme celui pour lequel on constate une dissociation géographique entre le fait générateur et le dommage, les deux éléments n'étant pas localisés sur le même territoire. On peut même rencontrer certaines situations où chacun des éléments constitutifs de la responsabilité, fait générateur et dommage, est plurilocalisé. Autrement dit, le délit complexe peut être composé d'une pluralité d'éléments constitutifs du fait générateur, localisés dans des Etats différents, et/ou d'une pluralité de dommages, survenus dans des Etats différents. Lorsqu'on évoque les délits complexes, viennent souvent à l'esprit les atteintes à la personnalité par voie de presse, de radiodiffusion ou de télédiffusion, ou la contrefaçon. Cependant, ils se rencontrent également en matière de rupture prétendument fautive des pourparlers.

25 - V. *supra*, n° 14.

26 - Civ. 25 mai 1948, *Lautour*, Rev. crit. DIP 1949, p. 89, note H. Batiffol ; B. Ancel, Y. Lequette, Grands arrêts de la jurisprudence de droit international privé, 5e éd., Dalloz, 2006, n° 19.

22. La question de la loi applicable aux délits complexes donne lieu à de vifs débats et de multiples propositions doctrinales. Une tension naît en effet rapidement entre une préférence pour la loi du lieu du fait générateur du dommage et une faveur pour celle du lieu où le dommage est subi. On estime généralement que la première privilégie l'auteur et la seconde la victime. La question est toujours débattue en doctrine et incertaine en jurisprudence ; elle devient particulièrement épineuse dans le cas d'une rupture fautive de pourparlers, dans la mesure où une telle rupture est peut-être par essence un délit complexe, voire particulièrement complexe.
Comment en effet localiser le délit de rupture fautive de pourparlers ? Dans le domaine du conflit de juridictions, le problème est un peu plus simple à résoudre que dans celui du conflit de lois, puisqu'on admet qu'une option de compétence est offerte à la victime : cette dernière peut saisir à son choix, outre le tribunal du domicile du défendeur, soit le tribunal du lieu du fait générateur, soit le tribunal du lieu du dommage[27]. Ceci étant, toutes les difficultés relatives à la détermination de la juridiction compétente ne sont pas pour autant résolues, puisqu'il peut y avoir, dans une espèce particulière, une multiplicité de faits générateurs et/ou de dommages localisés en des lieux différents. Dans le cas de dommages plurilocalisés, la Cour de Justice a décidé que les tribunaux des lieux des différents dommages ne pouvaient chacun statuer que sur le dommage subi dans leur propre ressort territorial[28]. En tout état de cause, le propos sera ici circonscrit au seul conflit de lois, où les difficultés sont encore plus nombreuses.

23. Il existe de multiples propositions doctrinales pour déterminer précisément la *lex loci delicti* en matière de délits complexes : donner compétence à la loi du lieu du fait générateur, au nom du caractère normatif et préventif de la responsabilité civile, ou, au contraire, à la loi du lieu du dommage, au nom de la fonction réparatrice de la responsabilité civile, ou encore donner avantage à la loi du for si elle est l'une des deux précédentes ; appliquer les deux lois (ou plus) de façon cumulative, ou les appliquer de façon distributive, selon une clé de répartition variable d'une proposition doctrinale à une autre ; donner une option à la victime, ou recommander au juge de choisir la loi qui est la plus favorable à la victime ; poser une présomption en faveur de la loi du dommage, avec la réserve de liens plus étroits avec une autre loi, ou la réserve de l'ignorance légitime par l'auteur de ce que, selon cette loi, son acte engagerait sa responsabilité. Les propositions foisonnent, chacune avec ses arguments et ses faiblesses. Aussi, la matière paraît pouvoir se résumer ainsi : hésitations et flou artistique.

27 - Article 46-3 NCPC et article 5.3 du Règlement dit « Bruxelles I ».

28 - CJCE, 7 mars 1995, *Fiona Shevill*, aff. C-68/93, *JDI* 1995, p. 543, obs. A. Huet ; Rev. crit. DIP 1996, p. 487, note P. Lagarde.

24. Pour résoudre la difficulté, on peut tenter de se tourner vers la jurisprudence. Si plusieurs arrêts ont été rendus sur la question des délits complexes en général, la jurisprudence est en revanche pauvre sur la question spécifique de la rupture fautive des pourparlers[29]. Aussi, on ne peut que tenter de tirer quelques enseignements pour la question des pourparlers des directives posées par la jurisprudence en matière de délits complexes en général.

Longtemps, la jurisprudence française a paru hésiter entre la loi du lieu où le dommage s'est réalisé [30], et celle du lieu de commission des faits [31]. Puis, dans un arrêt *Gordon & Breach Science Publishers* du 14 janvier 1997, la Cour de cassation a déclaré[32], à propos d'une action en concurrence déloyale relative à la diffusion en France de revues scientifiques américaines : « *La loi applicable à la responsabilité extracontractuelle est celle de l'Etat du lieu où le fait dommageable s'est produit ; que ce lieu s'entend aussi bien que celui du fait générateur du dommage que du lieu de réalisation de ce dernier* ». Il faut toutefois bien avouer que cette décision a fait naître plus d'interrogations qu'elle n'en a résolues. En effet, la Cour de cassation semblait dire qu'en cas de dissociation entre le lieu du fait générateur et celui du dommage, les deux lieux avaient un titre pour désigner la loi applicable. La question survenait alors immanquablement : comment les départager ? Fallait-il ne pas choisir et cumuler les deux lois, ou assurer la primauté de l'une d'elles, ou encore créer une option au profit de la victime ou du juge ? En bref, aucune indication n'était donnée quant à la mise en œuvre de cette règle.

Un début de réponse à ces interrogations a été donné par l'arrêt *Mobil North Sea Ltd* rendu le 11 mai 1999 à propos de l'effondrement d'une plateforme pétrolière en Mer du Nord[33]. La Cour de cassation y a approuvé la cour d'appel d'avoir recherché, « *en raison de la multiplicité des lieux des faits générateurs du dommage, le pays qui présente les liens les plus étroits avec le fait dommageable* » ; et, en relevant que, de l'ensemble des constatations et énonciations de l'arrêt d'appel, il résultait que la localisation en dehors du Royaume-Uni de certains éléments du fait générateur n'était pas déterminante, elle a approuvé la cour d'appel d'avoir appliqué la loi écossaise « *comme étant celle du lieu où s'est produit le dommage* ». Apparemment, et puisque cet arrêt constitue, non pas un revirement par rapport à la jurisprudence initiée en 1997, mais plutôt une étape de son évolution dans le sens de la

29 - Au moins dans le domaine du conflit de lois ; dans le domaine du conflit de juridiction, v. CJCE, 17 septembre 2002, *Tacconi*, aff. C-334/00, Rev. crit. DIP 2003, p. 668, note P. Rémy-Corlay, citée *supra*, n° 7.

30 - Cass. 1ère civ. 8 février 1983, *Horn y Prado*, JDI 1984, p. 123, note G. Légier.

31 - Cass. 1ère civ. 13 avril 1988, *Farah Diba*, Rev. crit. DIP 1988, p. 546, note P. Bourel ; JDI 1988, p. 752, note B. Edelman.

32 - Cass. 1ère civ. 14 janvier 1997, Rev. crit. DIP 1997, p. 504, note J. M. Bischoff ; JCP 1997, II, 22903, note H. Muir-Watt ; *D.* 1997, p. 177, note M. Santa-Croce.

33 - Cass. 1ère civ. 11 mai 1999, *JDI* 1999, p. 1048, note G. Légier ; Rev. crit. DIP 2000, p. 199, note J. M. Bischoff ; JCP 1999, II, 10183, note H. Muir-Watt.

précision, dans l'esprit de la Haute Juridiction, il faut donc bien opérer un choix entre le lieu du fait générateur et celui du dommage. Pour opérer ce choix, il conviendrait de retenir le lieu qui s'avère, au regard des circonstances de l'espèce, le plus déterminant. Dans cette espèce, les éléments du fait générateur étant dispersés sur plusieurs territoires, la localisation du fait générateur a été considérée comme peu significative, contrairement à celle du dommage qui a, dès lors, été retenue.
Cette interprétation de la démarche préconisée par la Cour de cassation est confortée par un arrêt ultérieur rendu le 27 mars 2007[34], qui a, dans un cas où la localisation du dommage a, a contrario, été jugée peu significative, approuvé les juges du fond d'avoir porté leur attention sur celle du fait générateur. Après avoir repris la formule de l'arrêt *Mobil North Sea Ltd*, la Cour de cassation a énoncé « *que le lieu de réalisation du dommage étant fortuit, il convient de rechercher le lieu du fait générateur (...)* ». Dans cette affaire, un navire en piteux état, battant pavillon libérien, et qui transportait des marchandises du Gabon vers la Chine, avait sombré près des côtes malgaches. Une société française avait pourtant délivré plusieurs certificats de navigabilité concernant ce navire, dont le dernier après un contrôle effectué en Chine. Le destinataire de la marchandise avait été indemnisé par divers assureurs, dont une société française qui demandait à la société de certification le remboursement des sommes versées sur le fondement de la responsabilité délictuelle. Le lieu du dommage, entendu par toutes les parties au litige comme le lieu où le bateau avait sombré, et donc où la marchandise avait disparu, a été considéré comme fortuit par les juges du fond, ce qui n'a pas été contesté par les parties[35]. Dès lors, seule la localisation du fait générateur a retenu l'attention des juges du fond.
En résumé, et même si la jurisprudence reste relativement incertaine, il semble qu'elle retienne deux critères de rattachement possibles, lieu du fait générateur et lieu du dommage, qui sont placés a priori sur un pied d'égalité. Par ailleurs, aucune option n'est offerte à la victime ; de même, l'application cumulative ou distributive des deux lois est exclue. Le juge doit donc choisir, en utilisant de façon limitée le principe de proximité, c'est-à-dire en recherchant dans le cas d'espèce lequel de ces deux (ou plusieurs) lieux entretient avec la situation litigieuse les liens les plus étroits. Le principe de proximité n'est pas ici utilisé de façon générale et ne permet pas au juge de retenir n'importe quel lieu proche de la situation litigieuse ; il a uniquement un rôle départiteur entre le lieu du fait générateur et celui du dommage. On peut logiquement estimer que si l'un de ces deux lieux est dispersé, ou fortuit, en bref non pertinent, l'autre sera plus significatif et prévaudra.

34 - Cass. 1ère civ. 27 mars 2007, SA Bureau Veritas c/ Sté Groupama Transport, Rev. crit. DIP 2007, p. 405, note D. Bureau ; JDI 2007, p. 949, note G. Légier ; D. 2007, p. 1074, note I. Gallmeister.

35 - Aussi, aucune discussion n'est intervenue quant à une possible localisation du dommage au lieu des conséquences financières de cet évènement : sur ce point, v. *infra*, n° 27 et s.

25. Le Règlement dit « Rome II » sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, adopté le 11 juillet 2007[36], pose des solutions quelque peu différentes, dont certaines spécifiques à la *culpa in contrahendo*.

La solution de principe retenue est celle de la compétence de la loi du lieu « *où le dommage survient* »[37] (article 4.1), quel que soit le pays où le fait générateur du dommage se produit et quels que soient le pays ou les pays dans lesquels des conséquences indirectes de ce fait surviennent. Toutefois, lorsque la personne dont la responsabilité est recherchée et la personne lésée ont leur résidence habituelle dans le même pays au moment de la survenance du dommage, la loi de ce pays s'applique (article 4.2). En outre, s'il résulte de l'ensemble des circonstances que le fait dommageable présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre que celui visé aux paragraphes 1 et 2, la loi de cet autre pays s'applique (article 4.3). Ainsi, la primauté est donnée à la loi du lieu de survenance du dommage, sauf liens manifestement plus étroits avec un autre pays. C'est un choix en faveur de la fonction indemnisatrice de la responsabilité civile qui a motivé cette solution.

Toutefois, le Règlement consacre une solution particulière pour la *culpa in contrahendo*. Selon le paragraphe 30 de son préambule, « *Le concept de «culpa in contrahendo» est autonome aux fins du présent règlement, et il ne devrait pas nécessairement être interprété au sens du droit national. Il devrait inclure la violation du devoir d'informer et la rupture de négociations contractuelles. L'article 12 ne s'applique qu'aux obligations non contractuelles présentant un lien direct avec les tractations menées avant la conclusion d'un contrat* ». Et l'article 12.1 du Règlement 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* ». Un renvoi est ainsi implicitement opéré à la Convention de Rome du 19 juin 1980 et au futur Règlement Rome I sur la loi applicable aux obligations contractuelles. L'article 12 précise cependant que si la loi applicable ne peut être déterminée sur la base de son paragraphe 1, le mécanisme de détermination de la loi applicable est identique à celui de la règle générale formulée à l'article 4. Ainsi, si le Règlement pose une directive de principe, la compétence de la loi du contrat envisagé, il opère un retour à la solution générale lorsque cette loi ne peut être déterminée.

36 - Règlement n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil, 11 juillet 2007, JOUE, n° L 199, 31 juillet 2007, p. 40. Sa date d'entrée en vigueur est fixée, pour l'essentiel, au 11 janvier 2009. On notera que le Règlement ne s'applique pas aux obligations découlant d'atteintes à la vie privée et aux droits de la personnalité, l'un des terrains de prédilection des dommages complexes (art. 1er). En revanche, la période précontractuelle fait l'objet de dispositions spécifiques.

37 - Ou « *menace de survenir* » : v. art. 2.3.

Or, cette dernière situation pourrait souvent se présenter. Et, en cas de retour à la solution générale, les critères utilisés par l'article 4 laissent planer une grande incertitude sur la détermination exacte de la loi applicable à la rupture fautive de pourparlers, excepté le cas où les deux parties ont leur résidence habituelle dans le même pays au moment de la survenance du fait générateur du dommage. Certes, une compétence de principe est donnée à la loi du lieu de survenance du dommage, mais la localisation exacte de celui-ci prête à discussion dans le domaine de la responsabilité pour rupture de pourparlers ; et cette compétence de principe peut être remise en cause au nom de liens plus étroits avec une autre loi. En tout état de cause, on peut s'interroger, dans certaines hypothèses au moins, sur la pertinence du rattachement de principe à la loi du contrat envisagé[38].

26. En tout cas, si ces principes de solutions, fournis par la jurisprudence française ou le texte européen, ne résolvent pas toutes les difficultés, on peut néanmoins en tirer quelques enseignements.
Si on laisse pour l'instant de côté le récent Règlement européen pour ne s'intéresser qu'à la jurisprudence française, puisque celle-ci donne un poids a priori égal au lieu du fait générateur et à celui du dommage, on pourrait déjà tenter d'identifier le lieu du fait générateur d'une rupture de pourparlers. Cependant, on se heurterait vite à certaines difficultés. En se reposant sur l'idée que l'acte fautif est la rupture des négociations, certains proposent de retenir à ce titre la loi de l'Etat dans lequel l'auteur de la rupture a pris cette décision. Cependant, on peut alors hésiter entre le lieu du domicile, du siège social, ou du centre de décisions de l'auteur, ou le lieu de rédaction et / ou d'envoi de la lettre de rupture. Au surplus, la solution préconisée n'est-elle pas, en tout état de cause, quelque peu simpliste et « formelle » ? En effet, la faute est constituée, moins par la rupture elle-même, que par les conditions dans lesquelles celle-ci intervient, et relève davantage d'un manquement à la bonne foi dans la conduite des négociations. Par ailleurs, le plus souvent, elle n'est pas constituée par un acte unique. La rupture fautive est davantage le résultat d'un comportement d'ensemble, constitué de multiples actes ou attitudes ; or, tous les faits ayant concouru à la rupture ne se seront pas nécessairement réalisés en un même lieu, notamment lorsque les pourparlers se sont déroulés en divers endroits. En bref, un problème de localisation du fait générateur se pose.
A supposer même que l'on retienne, au titre de la localisation du fait générateur, la proposition simplificatrice désignant le lieu où l'acte de rupture s'est réalisé par le moyen d'une lettre de rupture, faut-il alors privilégier le lieu d'émission ou celui de la réception de la lettre de rupture ? Quelle que soit l'option choisie, on risque d'aboutir à une

38 - Sur ces questions, v. *infra*, n° 28.

localisation peu pertinente du fait générateur, car le choix entre la théorie de l'émission et celle de la réception est toujours quelque peu arbitraire. Plus généralement, la démarche peut conduire à la désignation d'un pays ayant peu de liens avec la situation litigieuse, dès lors que le lieu d'envoi, ou de réception, ou de rédaction d'une lettre de rupture peut être contingent. Au surplus, il est possible que, dans une instance judiciaire, les parties ne s'accordent pas sur ce qui constitue l'acte de rupture, se rejetant mutuellement l'initiative et/ou la responsabilité de la rupture : la proposition dénuée de tout sérieux de l'une, la réaction définitive de l'autre constatant que les négociations ne peuvent être poursuivies dans ces conditions, etc.
Pour toutes ces raisons, le lieu du fait générateur apparaît souvent inadapté pour déterminer la loi applicable dans le contexte d'une action en responsabilité pour rupture fautive des pourparlers : difficile à déterminer, parfois au prix d'un certain arbitraire, ou fruit du hasard et donc peu prévisible, il se révèle finalement souvent peu significatif et/ou artificiel.

27. Aussi, conformément aux indications de la Cour de cassation et au critère principal retenu par le Règlement Rome II, on peut tenter de se tourner vers le lieu du dommage pour déterminer la loi applicable à une action en rupture fautive de pourparlers. En raison de la fonction essentiellement indemnitaire aujourd'hui reconnue à la responsabilité civile délictuelle, il pourrait sembler être le lieu entretenant les liens les plus significatifs avec la situation litigieuse. Cependant, ici encore, il faut parvenir à localiser le dommage. Or, l'opération peut se révéler délicate dans l'hypothèse du dommage consécutif à une rupture de pourparlers. Les avis divergent à ce sujet.
Certains proposent de retenir le lieu où la lettre de rupture a été reçue en tant que lieu où le fait dommageable s'est produit au sens de l'article 5.3 de la Convention de Bruxelles[39]. D'autres avancent que la localisation du dommage dépend de l'objet du contrat négocié. A cet égard, la cour d'appel de Paris[40], dans un arrêt rendu en matière de compétence juridictionnelle dans le cadre de l'article 5.3 du Règlement Bruxelles I, qui donne compétence au tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit, a rejeté le lieu de rédaction et d'envoi de la lettre de rupture et a retenu, s'agissant d'une négociation relative à la cession envisagée d'un progiciel, le lieu où ce progiciel aurait été exploité. Si l'arrêt a été rendu en matière de conflit de juridictions, le raisonnement suivi pourrait être transposé au conflit de lois. Cependant, la solution qui a été retenue peut être discutée. On peut notamment s'interroger sur ce qu'il advient lorsque ces lieux d'exploitation sont multiples.

39 - CA Rennes, 29 avril 1992, Bull. Joly 1993, § 132, p. 463, note Daigre.

40 - CA Paris, 3 avril 2002, *Finagro*, JDI 2003, p. 145, obs. A. Huet.

Plus souvent, les auteurs estiment que le critère du lieu du dommage conduit à retenir la loi du siège ou du domicile du demandeur victime, puisque c'est là où l'atteinte au patrimoine est principalement ressentie. La plupart des auteurs soulignent alors immédiatement l'inopportunité d'un tel critère en raison de l'avantage excessif ainsi accordé à la victime, puisqu'il conduirait à retenir la compétence systématique de la loi du demandeur, sauf à restreindre la notion de « dommage » dans le cadre de la règle de conflit de lois. La jurisprudence semble en effet écarter une telle solution, jugée trop favorable à la victime. Dans un arrêt du 28 octobre 2003[41], la Cour de cassation a ainsi, dans le cas de personnes physiques victimes par ricochet qui sollicitaient l'application de la loi française à la réparation de leur préjudice moral consécutif au décès accidentel de parents survenu au Cambodge, refusé d'appliquer la loi française en tant que loi du lieu du dommage.
De même, la Cour de Justice, dans un arrêt du 19 septembre 1995, a adopté une position restrictive dans une affaire concernant cette fois la victime directe de l'acte incriminé. Un ressortissant italien, M. Marinari, domicilié en Italie, avait déposé des billets à ordre pour un montant considérable auprès d'une banque en Angleterre. Soupçonné de malversations par la banque anglaise, il avait été arrêté en Angleterre et s'y était vu confisquer les effets émis à son ordre. Ultérieurement relaxé par la justice anglaise, M. Marinari est retourné en Italie et a saisi les juridictions italiennes afin d'obtenir la condamnation de la banque à réparer les préjudices causés. Cette personne physique ayant subi le préjudice résultant immédiatement de la faute invoquée en Angleterre, la Cour a retenu, pour déterminer la compétence du tribunal du lieu « où le fait dommageable s'est produit » au sens de l'article 5.3° de la Convention de Bruxelles, que cette expression « *doit être interprétée en ce sens qu'elle ne vise pas le lieu où la victime prétend avoir subi un préjudice patrimonial consécutif à un dommage initial survenu et subi par elle dans un autre Etat contractant* »[42]. Aussi, selon la Cour, lorsque le dommage allégué n'est que la conséquence du préjudice éprouvé initialement et matérialisé en un lieu différent, il convient de retenir le lieu de survenance de ce préjudice initial. La même Cour a rendu une décision du même ordre à propos de personnes morales invoquant un préjudice commercial. Des sociétés françaises, agissant en responsabilité contre des banques allemandes en leur imputant la faillite de leurs filiales en Allemagne, invoquaient néanmoins la compétence des tribunaux français en tant que lieu où leurs patrimoines avaient été atteints. La Cour de justice a refusé de faire droit à cette prétention en retenant que « *si la notion de lieu où le fait dommageable s'est produit qui figure*

41 - Cass. 1ère civ. 28 octobre 2003, Rev. crit. DIP 2004, p. 88, note D. Bureau ; JDI 2004, p. 499, note G. Légier ; JCP 2004, II, 10006, note G. Lardeux.

42 - CJCE, 19 septembre 1995, *Marinari c. Lloyds Banks*, Rec. 1995, I. 2719 ; JDI 1996, p. 562, obs. J. M. Bischoff.

à l'article 5, point 3, de la Convention peut viser le lieu où le dommage est survenu, cette dernière notion ne saurait être comprise que comme désignant le lieu où le fait causal, engageant la responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle, a produit directement ses effets dommageables à l'égard de celui qui en est la victime immédiate »[43]. Une fois encore, la Cour écarte la localisation du préjudice en France dans la mesure où les victimes immédiates du comportement délictuel étaient, non pas les sociétés françaises demanderesses, mais leurs filiales allemandes ; le dommage invoqué par les demanderesses n'était que dérivé du dommage initialement souffert en Allemagne par les filiales allemandes, victimes immédiates. Ainsi, selon les directives de la Cour de Justice, c'est le dommage initial subi par la victime directe qui doit être pris en compte pour déterminer la compétence juridictionnelle dans le cadre de l'article 5.3° de la Convention de Bruxelles[44]. La solution paraît pleinement justifiée et ménage les intérêts du défendeur : les dommages immédiats subis par la victime directe étaient, pour l'auteur du délit, prévisibles et aisément localisables ; tel n'est pas le cas de dommages réfléchis ou prolongés qui dérivent du dommage initial.

Cependant, au-delà même de ce cas particulier, et à l'égard même de la victime directe, la localisation systématique du dommage au domicile de celle-ci paraît bien rejetée par la Cour de Justice[45]. Selon la Cour, dans le cadre de l'article 5.3° de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, « *le lieu où le fait dommageable s'est produit ne vise pas le lieu du domicile du demandeur où serait localisé le centre de son patrimoine au seul motif qu'il y aurait subi un préjudice financier résultant de la perte d'éléments de son patrimoine intervenue et subie dans un autre Etat membre* ». Le dommage invoqué dans cette affaire était constitué de pertes sur des placements effectués à l'étranger par une personne domiciliée en Autriche, à partir d'un compte ouvert en Allemagne et qui avait donné lieu à des placements à haut risque à Londres. Aussi, le dommage avait été subi en Allemagne, lieu du compte par lequel les fonds perdus avaient transité et, selon la Cour, le préjudice au patrimoine était quant à lui seulement indirect.

La jurisprudence semble ainsi pour le moins réticente à localiser systématiquement le préjudice allégué par une personne, physique ou morale, au siège de ses intérêts, dans la mesure où cela reviendrait à conférer systématiquement compétence à la loi du demandeur en responsabilité. Toutefois, nous verrons que cette objection n'est pas totalement incontournable et que cette voie mériterait peut-être d'être explorée davantage pour les dommages nés d'une rupture de pourparlers[46].

---

43 - CJCE, 11 janvier 1990, *Soc. Dumez France c. Soc. Tracoba*, C-220/88, JDI 1990, p. 497, note A. Huet ; Rev. crit. DIP 1990, p. 363, note H. Gaudemet-Tallon.

44 - Aujourd'hui Règlement n° 44/2001 du 22 décembre 2000.

45 - CJCE, 10 juin 2004, *Kronhofer*, Rev. crit. DIP 2005, p. 326, note H. Muir-Watt.

46 - V. *infra*, n° 29 et s.

28. En tout cas, face à ces difficultés de localisation du fait générateur comme du préjudice, certains proposent de procéder à une localisation globale de la situation, en recherchant, au titre des liens les plus étroits, le lieu où se sont déroulées les négociations. Cependant, ce lieu paraît difficilement appréhendable : la négociation se poursuit souvent en de multiples lieux, choisis pour des raisons de commodité, et pouvant même être virtuels dans le cas de négociations à distance, notamment par vidéo-conférences. Aussi, d'autres proposent de retenir, au titre du lieu présentant les liens les plus étroits avec le fait dommageable, le lieu où se situait le centre de gravité du contrat projeté et avorté ; d'autres proposent même de retenir la loi qui aurait été applicable à celui-ci.
Ces propositions ne sont pas conformes aux directives jurisprudentielles, dans la mesure où elles ne correspondent, ni au lieu du fait générateur, ni à celui du dommage. En revanche, elles trouvent un écho certain dans l'article 12 du Règlement Rome II qui donne une compétence de principe à la loi qui aurait été applicable au contrat projeté. Cependant, la mise en œuvre de cette solution risque d'être délicate et / ou contestable. En effet, il peut être difficile de définir cette loi. Tout d'abord, si une loi avait été stipulée dans un projet de contrat, faut-il vraiment la retenir comme compétente alors que ce projet émane peut-être d'une seule partie et que, par définition, les parties ne s'étaient pas encore accordées sur ce choix et que les choses pouvaient encore évoluer ? Ensuite, à défaut de stipulation dans le projet de contrat, pourra-t-on aisément définir, conformément aux directives de l'article 4 de la Convention de Rome I, la résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique, ou même le pays qui présente les liens les plus étroits avec le contrat projeté ? Tout cela sera très largement dépendant du stade d'avancement des négociations et de maturation du contrat projeté et du degré de précision des éléments sur lesquels les parties semblaient s'accorder. Ainsi, le « centre de gravité » du contrat projeté, l'ordre juridique dans lequel la relation envisagée par les parties avait vocation à s'inscrire, pourra être difficile à identifier, notamment lorsque le contrat projeté avait vocation à déployer ses effets dans plusieurs pays. Parmi ces différents pays, et compte tenu du fait que le contrat projeté n'a, par hypothèse, jamais eu d'existence, il sera souvent bien difficile de déterminer celui qui en aurait été le centre de gravité. La tâche risque d'être d'autant plus compliquée que les parties seront souvent en désaccord, devant le juge, sur le contenu du contrat projeté et avorté, chacune risquant d'en donner une vision personnelle. Au demeurant, une fois encore, tant que le contrat projeté n'est pas signé, il n'y a rien de définitif quant à son contenu. En bref, le contenu de ce contrat projeté mais avorté peut demeurer incertain. Or, puisque le contenu d'un contrat a une incidence directe sur sa localisation, il apparaît que la mise en œuvre de la solution fixée à l'article 12 du Règlement, ou même de la proposition doctrinale en faveur du critère du centre de gravité de l'opération projetée, est marquée par une grande incertitude, ce qui ne paraît pas conforme au souci de

prévisibilité de la loi applicable qui doit guider les solutions en matière de droit international privé. Au surplus, ce critère de rattachement n'entretiendra parfois que peu de liens avec les préjudices dont l'indemnisation sera réclamée (frais exposés, atteinte à l'image commerciale, etc.). En réalité, il ne correspond pas au « centre de gravité du dommage » subi et invoqué et peut conduire à un curieux résultat. Par exemple, appliqué à deux sociétés françaises ayant négocié un contrat projeté en Chine, ce critère conduirait à désigner la loi chinoise pour la demande d'indemnisation de la rupture des pourparlers ! Aussi, on peut douter de la pertinence de la solution.

29. Finalement, nous pencherions plutôt, face à cette confusion, pour retenir que le « lieu présentant les liens les plus étroits avec la situation » doit être présumé, dans le cas d'une rupture de pourparlers, comme étant le lieu de survenance du dommage. En effet, s'agissant des pourparlers, le lieu du fait générateur apparaît en règle générale comme difficile à déterminer, peu significatif et / ou artificiel. Au contraire, le lieu de survenance du dommage, entendu comme le lieu où la victime directe de la rupture exerce principalement son activité, sera assez souvent le lieu où cette victime subit principalement et directement le préjudice initial qu'elle allègue (frais exposés, préjudice commercial et moral), et donc le lieu où le fait dommageable se matérialise en premier et produit ses effets immédiats à l'encontre de la victime directe. Une telle localisation du dommage pourrait donc au moins être posée à titre de présomption.
Certes, la solution risque de conduire à désigner la loi du siège principal des activités de la victime. Cependant, il s'agira souvent effectivement du lieu où celle-ci, notamment s'il s'agit d'une société, ressentira initialement et principalement le dommage consécutif à la rupture ; il peut donc au moins constituer un indice pour la localisation du dommage direct subi. Par ailleurs, il faut souligner que, pour éviter tout excès à cet égard, il s'agit de localiser le préjudice qui est la conséquence directe et immédiate de la rupture, et non les dommages indirects, subséquents, réfléchis ou prolongés dérivant du dommage initial. Aussi, ce dommage sera localisé au centre de gravité des activités affectées directement par la rupture, et non pas systématiquement au siège des intérêts de la victime (siège social dans le cas d'une société). Néanmoins, il est indéniable que la solution préconisée suppose un certain assouplissement des conceptions jurisprudentielles actuelles sur la question du « dommage » retenu comme « originaire ».

30. Dans cette perspective d'assouplissement, il convient de mesurer la portée exacte de l'attitude jurisprudentielle restrictive évoquée précédemment. Dans son arrêt du 28 octobre 2003[47], la Cour de cassation a, dans le cas de personnes physiques, victimes par ricochet, qui sollicitaient

47 - Cass. 1ère civ. 28 octobre 2003, Rev. crit. DIP 2004, p. 88, note D. Bureau ; JDI 2004, p. 499, note G. Légier ; JCP 2004, II, 10006, note G. Lardeux.

l'application de la loi française à la réparation de leur préjudice moral consécutif au décès accidentel de parents survenu au Cambodge, refusé d'appliquer la loi française en tant que loi du lieu du dommage. Cependant, la motivation de l'arrêt éclaire la position de la Cour. La Haute Juridiction a tout d'abord rappelé que « *la loi applicable à la responsabilité extracontractuelle est celle de l'Etat du lieu où le fait dommageable s'est produit ; que ce lieu s'entend aussi bien de celui du fait générateur du dommage que celui du lieu de réalisation de ce dernier* ». Ensuite, la Cour a déclaré : « *S'agissant du préjudice moral subi par les victimes par ricochet, qui est en relation directe avec le fait dommageable, et qui trouve sa source dans le dommage causé à la victime, la loi applicable à sa réparation est celle du lieu où ce dommage s'est réalisé et non celui où ce préjudice moral est subi* ». Ainsi, c'est parce que le dommage invoqué par les victimes par ricochet « *trouve sa source* » dans le dommage subi par la victime directe qu'il doit être localisé au lieu où ce dommage initial s'est réalisé. En écartant la localisation du dommage de la victime par ricochet comme critère de détermination de la loi applicable à sa réparation, la Cour de cassation rejette une solution qui aurait été particulièrement imprévisible pour l'auteur de la faute alléguée. En effet, si la victime directe est aisément identifiable par l'auteur de l'acte incriminé, tel n'est pas le cas des victimes par ricochet. Aussi, le préjudice réfléchi de la victime par ricochet est localisé, pour les besoins du droit international privé et quelle que soit l'autonomie qui lui est reconnue en droit interne, au lieu de réalisation du dommage de la victime immédiate. Les dommages des victimes indirectes seront impérativement rattachés, pour leur localisation, à ceux de la victime directe. En revanche, cet arrêt ne se prononce pas sur la localisation du dommage initial de la victime directe.

De son côté, l'arrêt rendu par la Cour de Justice des communautés européennes le 19 septembre 1995 concernait effectivement la victime directe de l'acte incriminé. Cependant, il était incontestable que M. Marinari avait subi en Angleterre le préjudice résultant immédiatement de la faute invoquée contre la banque anglaise. Aussi, la Cour a logiquement retenu, pour déterminer la compétence du tribunal du lieu « où le fait dommageable s'est produit » au sens de l'article 5.3° de la Convention de Bruxelles, que cette expression « *doit être interprétée en ce sens qu'elle ne vise pas le lieu où la victime prétend avoir subi un préjudice patrimonial consécutif à un dommage initial survenu et subi par elle dans un autre Etat contractant* »[48]. Selon la Cour, lorsque le dommage allégué n'est que la conséquence du préjudice éprouvé initialement et matérialisé en un lieu différent, il convient de retenir le lieu de survenance de ce préjudice initial. Les autres décisions rendues par la

48 - CJCE, 19 septembre 1995, *Marinari c. Lloyds Banks*, Rec. 1995, I. 2719 ; JDI 1996, p. 562, obs. J. M. Bischoff.

Cour de justice sont dans le même sens. Dans sa décision *Dumez France* du 11 janvier 1990, la Cour de justice a logiquement refusé de faire droit à la prétention des sociétés françaises agissant en responsabilité contre des banques allemandes, en leur imputant la faillite de leurs filiales en Allemagne, et invoquant la compétence des tribunaux français en tant que lieu où leur patrimoine était atteint, en retenant que « *si la notion de lieu où le fait dommageable s'est produit qui figure à l'article 5, point 3, de la Convention peut viser le lieu où le dommage est survenu, cette dernière notion ne saurait être comprise que comme désignant le lieu où le fait causal, engageant la responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle, a produit directement ses effets dommageables à l'égard de celui qui en est la victime immédiate* »[49]. Une fois encore, la localisation du préjudice en France est écartée dans la mesure où les victimes immédiates du comportement délictuel n'étaient pas les sociétés françaises demanderesses, mais leurs filiales allemandes ; le dommage invoqué par les demanderesses n'était que dérivé du dommage initialement souffert en Allemagne par les filiales allemandes, victimes immédiates. La même logique gouverne l'arrêt *Kronhofer* du 10 juin 2004. Ainsi, selon les directives de la Cour, c'est le dommage initial, subi par la victime directe, qui doit être pris en compte pour déterminer la compétence juridictionnelle dans le cadre de l'article 5.3° de la Convention de Bruxelles[50]. La solution paraît pleinement justifiée et ménage les intérêts du défendeur : les dommages immédiats subis par la victime directe étaient, pour l'auteur du délit, prévisibles et, d'une certaine manière, aisément localisables ; tel n'est pas le cas de dommages réfléchis ou prolongés qui dérivent du dommage initial.

31. Il semble donc que cette jurisprudence refuse en réalité une solution qui serait trop imprévisible pour l'auteur de l'acte incriminé. Les juges écartent le siège des intérêts du demandeur lorsque le dommage subi en ce lieu trouve sa source ailleurs et n'est que le reflet d'un dommage initial ; c'est alors ce dommage immédiat qu'il importe de prendre en considération, et non celui qui aurait été subi au domicile ou au siège de la victime. On peut en revanche penser que la jurisprudence n'écarte pas, ou ne devrait pas écarter, par principe la localisation du dommage d'une partie, et notamment d'une personne morale, au lieu de ses principaux intérêts, dès lors que cette partie est la victime directe du délit en question et invoque un préjudice qui est la conséquence immédiate de l'acte délictuel. Dans certaines situations, le préjudice initial, subi par la victime directe de l'acte délictuel, se situe effectivement au siège de ses intérêts et il n'y a alors aucune raison de lui refuser le

49 - CJCE, 11 janvier 1990, *Soc. Dumez France c. Soc. Tracoba*, C-220/88, JDI 1990, p. 497, note A. Huet ; Rev. crit. DIP - Aujourd'hui Règlement n° 44/2001 du 22 décembre 2000.

50 - Aujourd'hui Règlement n° 44/2001 du 22 décembre 2000.

droit d'invoquer la loi de ce lieu. Ainsi, dans le cas d'une entreprise, victime immédiate d'une rupture de pourparlers, le lieu de réalisation de son dommage initial, consécutif à la rupture, peut être, le plus souvent, considéré comme étant celui du siège de ses activités. Par ailleurs, l'auteur de la rupture ne peut prétendre être surpris par l'application de la loi du lieu où la victime de la rupture avait le siège de ses activités : ayant mené des négociations avec cette victime, qui a été son interlocuteur direct dans la négociation, l'auteur connaissait ou, à tout le moins, devait connaître ce lieu. En revanche, dans la logique de la jurisprudence exigeant de localiser le dommage initial de la victime directe, l'entreprise victime ne pourra pas se prévaloir d'une autre loi, éventuellement plus favorable, comme celle du lieu de réalisation d'un dommage qui n'est qu'un dérivé du dommage initial.
Ainsi, la solution préconisée semble pouvoir être conciliée avec la jurisprudence actuelle et les solutions générales retenues par le Règlement Rome II au titre du « lieu de survenance du dommage ». Elle conduirait à la désignation, non pas nécessairement d'une loi plus favorable pour la victime, mais d'une loi qui était prévisible pour tous, victime comme auteur de la rupture. Elle répondrait ainsi à l'objectif indemnitaire de la responsabilité civile et à celui de prévisibilité du droit international privé. Cependant, si elle semble pouvoir être mise en œuvre dans le cadre de l'article 4 du Règlement Rome II, elle peut difficilement, en l'état, être posée à titre de principe de solution compte tenu des dispositions spécifiques de l'article 12 du Règlement relatif à la *culpa in contrahendo*.

32. En guise de conclusion, on pourrait avancer une solution plus radicale encore. En effet, ne convient-il pas finalement d'affirmer que l'on tend inévitablement vers une catégorie spécifique pour ce délit spécial qu'est la responsabilité qui peut naître de la période précontractuelle ? Aussi, plutôt que d'hésiter, de tenter d'adapter, certains diront de contorsionner, les catégories et rattachements existants, le droit international privé français et communautaire ne devrait-il pas se décider à créer une nouvelle catégorie, « précontractuelle », ni totalement contractuelle, ni totalement délictuelle, qui bénéficierait de ses rattachements propres ? Comment ? En tenant compte des rapports particuliers qui se sont noués entre les parties, qui ne relèvent pas tout à fait du contrat (au moins du contrat définitif), mais qui ne sont pas tout à fait fortuits (ce qui les démarque d'un délit ordinaire). Au sein de cette catégorie, une distinction pourrait être opérée entre plusieurs sous-catégories, selon que la négociation a, ou non, été formalisée par des accords que les parties ont soumis à une loi. Si une loi a été choisie pour régir l'accord en question, cette loi sera compétente pour les obligations visées, expressément ou implicitement, par celui-ci. En l'absence de choix dans ces accords préalables, ou d'accord préalable contraignant,

le principe de proximité pourrait intervenir avec une présomption favorable à la compétence du lieu du dommage, sous la réserve de liens manifestement plus étroits avec un autre pays. Ce ne sont que quelques pistes de réflexion, qui peuvent paraître bien présomptueuses, mais qui ne semblent ni étrangères à la jurisprudence française précédemment évoquée, ni au droit européen en construction, même si le Règlement Rome II ne paraît pas pleinement satisfaisant dans les solutions spécifiques qu'il retient actuellement à propos de la rupture des négociations contractuelles. Autrement dit, le droit international privé pourrait s'atteler à définir, non la *proper law of the contract*, ni la *proper law of the tort*, mais la *proper law of the negotiations*, *of the pre-contractual period*, aujourd'hui difficile à localiser !

LE DROIT PENAL DE LA PERIODE PRECONTRACTUELLE

Mikaël Benillouche
Maître de conférences à l'Université de Picardie Jules Verne, CEPRISCA

« L'homme n'est responsable que parce qu'il est libre, et il n'est inviolable que parce qu'il est responsable ; de sorte que, dans le sens subjectif, le droit serait précisément la faculté inviolable pour l'homme de réaliser son devoir »[1]. C'est ainsi en raison de l'existence de la loi morale et de la liberté pour l'homme d'y conformer ou non sa conduite que se fonde la responsabilité juridique.

Dans le domaine de la responsabilité civile, la doctrine et la jurisprudence ont établi un régime de la période précontractuelle pouvant se résumer en une formule générale : la liberté des pourparlers encadrée par la bonne foi et la loyauté[2], de sorte qu'une partie de la doctrine n'hésite pas à évoquer une certaine forme d'éthique précontractuelle[3].
A défaut de respecter ces exigences, la responsabilité civile d'un négociateur est susceptible d'être engagée[4].

Pour autant, est-il possible de retenir sa responsabilité pénale[5] ? Dans l'affirmative, quelles infractions sont-elles susceptibles d'être retenues ? D'un point de vue général, le fait de mener des négociations ne permet pas d'exonérer les candidats au contrat de leur éventuelle responsabilité pénale de droit commun. L'intervention du droit pénal, « droit de la contrainte par excellence »[6], dans la formation du contrat, risque de n'in-

1 - R. Garraud, Précis de droit criminel, Sirey, 9ème édition, 1907, n° 5.

2 - Voir notamment D. Mazeaud, Mystères et paradoxes de la période précontractuelle, *in* Le contrat au début du XXIe siècle : études offertes à Jacques Ghestin, LGDJ, 2001, p. 637 et s ; P. Mousseron, Conduite des négociations contractuelles et responsabilité civile délictuelle, RTDcom. 1998, p. 243.

3 - T. Revet, L'éthique des contrats en droit interne, *in* Ethique des affaires : de l'éthique de l'entrepreneur au droit des affaires, Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence, 1997, p. 208 et s.

4 - Voir notamment O. Deshayes, Le dommage précontractuel, RTDcom. 2004, p. 187.

5 - Les rapports entre droit pénal et contrat ont fait l'objet de quelques monographies et notamment R. Ottenhof, Le droit pénal et la formation du contrat civil, LGDJ, 1970.

6 - R. Ottenhof, *op. cit.*, n° 1.

tervenir « que pour mieux réduire la liberté de l'individu » [7]. Plus encore, l'absence de réglementation précise favorise le recours au droit pénal, garant du respect de la loyauté, mais aussi de l'intérêt général.

Logiquement, la période précontractuelle est une phase préparatoire. Ainsi, si le contrat est l'objectif visé, elle le précède sans y parvenir nécessairement puisqu'il y a une liberté de rupture.

Le contrat peut contenir ou caractériser une infraction, notamment si son objet est illicite : tel est le cas s'il s'agit d'un pacte corrupteur[8] ou d'un contrat de vente à la « boule de neige »[9].
Dans ces hypothèses, si le contrat constitue l'infraction, la période précédant la formation de celui-ci peut-elle permettre de retenir également les mêmes infractions ? La réponse à cette question est, a priori, négative, l'infraction n'étant constituée qu'en cas d'exécution et donc, en l'occurrence, que si le contrat est conclu.
A ce titre, la doctrine relève plusieurs phases menant à l'infraction qui suppose donc également une phase préalable.
Elle est susceptible de se décomposer en cinq étapes : la simple pensée ou représentation psychologique de l'infraction – la résolution – les actes préparatoires – le commencement d'exécution – l'exécution[10]. De façon générale, il ne saurait y avoir de responsabilité pénale que lors des deux dernières étapes [11], le commencement d'exécution renvoyant à l'étude de la tentative [12].
Or, selon la jurisprudence de la Cour de cassation, le commencement d'exécution se définit comme « des actes devant pour conséquence directe et immédiate de consommer le crime, celui-ci étant entré dans sa phase d'exécution »[13].

Par conséquent, si le contrat est constitutif de l'infraction, la tentative ne saurait résulter de la phase précontractuelle dans la mesure où celle-ci n'entraîne pas nécessairement la conclusion du contrat, la finalisation de celui-ci demeurant facultative. Or, le commencement d'exécution, c'est l'acte univoque, qui conduit directement à l'infraction. Le droit pénal de l'avant-contrat ne renvoie donc pas à l'étude de la tentative de commission de l'infraction caractérisée par le contrat.

---

7 - R. Ottenhof, *op. cit.*, n° 6.

8 - Voir notamment les articles 432-11 et 433-1 du code pénal.

9 - Article L. 122-6 du code de la consommation.

10 - B. Bouloc, Droit pénal général, Précis Dalloz, 20ème édition, 2007, n° 230.

11 - Exceptionnellement, le législateur incrimine parfois certains actes préparatoires, comme les infractions de mandat criminel (article 221-5-1 du code pénal) et d'association de malfaiteurs (article 450-1 du code pénal).

12 - Article 121-5 du code pénal.

13 - Cass. crim. 25 octobre 1962, Bull., n° 292 et 293, D. 1963, 221 note Bouzat ; JCP 1963, II, 12985, note Vouin.

Les infractions commises sont donc liées au comportement adopté durant cette phase et non dans le contrat escompté.

Il existe donc bien un droit pénal de l'avant-contrat, mais pour autant y a t-il nécessairement concordance entre responsabilité civile et pénale ? Quels agissements commis lors des pourparlers permettent-il de retenir la responsabilité pénale ? Toute méconnaissance des impératifs de bonne foi et de loyauté entraînent-ils l'établissement d'une responsabilité pénale ? Est-il concevable qu'une telle responsabilité apparaisse alors même que la responsabilité civile ne pourrait être retenue ?

La présente contribution tentera d'apporter une réponse à ces délicates questions. En effet, il n'existe pas véritablement d'infraction générale regroupant toutes les formes de « déloyauté contractuelle », il convient donc de rechercher au sein des nombreuses infractions de droit positif, contenues ou non dans le code pénal, celles susceptibles de s'appliquer et celles qui sont effectivement utilisées par la jurisprudence.

Les différentes infractions pénales applicables se regroupent autour de deux pôles selon le moment où l'infraction est susceptible d'être commise, à savoir lors de la période des négociations (section I), puis lors de leur rupture (section II).

Section I – La période des négociations

Les infractions pénales tendent à empêcher que des manœuvres ne soient exercées pour tromper (§ 1), pour influencer (§ 2), voire même pour contraindre (§ 3) à conclure le contrat.

§ 1 : Les manœuvres destinées à tromper : les exigences transgressées de bonne foi et de confiance

La phase de négociation se manifeste par des discussions lors desquelles une des parties peut chercher à abuser l'autre en usant de divers subterfuges, en essayant de la tromper.

En droit pénal, cela renvoie à certaines des principales infractions contre les biens relatives aux appropriations frauduleuses, à savoir l'escroquerie[14] et l'abus de confiance[15] ; mais aussi l'infraction destinée à sauvegarder un intérêt social prédominant : la violation du secret professionnel[16].

14 - Article 313-1 du code pénal.

15 - Article 314-1 du code pénal.

16 - Article 226-13 du code pénal.

A. La mauvaise foi : l'escroquerie et la tentative d'escroquerie

L'escroquerie est définie comme « le fait, soit par l'usage d'un faux nom ou d'une fausse qualité, soit par l'abus d'une qualité vraie, soit par l'emploi de manoeuvres frauduleuses, de tromper une personne physique ou morale et de la déterminer ainsi, à son préjudice ou au préjudice d'un tiers, à remettre des fonds, des valeurs ou un bien quelconque, à fournir un service ou à consentir un acte opérant obligation ou décharge ».

Deux hypothèses semblent correspondre à la définition de l'infraction, à savoir l'emploi de manœuvres frauduleuses ou un mensonge afin de contracter avec une personne, ou, à l'inverse, le fait de faire espérer un contrat que l'on sait que l'on ne conclura pas.

1) Pousser à contracter

Puisqu'une remise est nécessaire pour caractériser l'escroquerie, cette qualification juridique doit donc être exclue dans la mesure où le contrat n'est pas encore formé. Toutefois, il semble concevable de retenir la tentative[17], mais uniquement dans la mesure où la remise a été sollicitée, à défaut, il ne s'agirait que d'actes préparatoires[18].

Une tentative d'escroquerie a d'ailleurs été retenue dans un arrêt de la chambre criminelle en date du 18 janvier 1989[19] dans l'hypothèse où la recommandation d'un banquier « a été de nature à inciter un client à contracter avec un autre client ». La circonstance que le comportement du banquier avait, en fait, effectivement déterminé le client à contracter n'a pas été retenue comme étant pertinente par la cour d'appel. Le pourvoi a été rejeté.

Outre la remise, l'escroquerie réside en une tromperie. Une omission ou un simple mensonge est-il suffisant pour que l'infraction puisse être retenue[20] ?

L'article 313-1 apporte une première réponse dans la mesure où certains mensonges constituent la tromperie s'il porte sur le nom ou qualité. L'usage du faux nom s'entend du fait de se faire connaître sous un autre nom que le sien. La qualité est constituée par les éléments de l'état des personnes[21]. La jurisprudence entend largement cette notion et considère qu'est une qualité, le fait de se présenter comme

17 - Article 121-5 du code pénal. S'agissant d'un délit, il faut que la loi précise expressément qu'une tentative puisse être retenue, ce qui est le cas (article 313-3 du code pénal) .

18 - P. Conte, Droit pénal spécial, Litec, Manuel, 3ème éd., 2007, n° 565.

19 - Cass. crim. 18 janvier 1989, inédit, n° 88-83010.

20 - M.-P. Lucas de Leyssac, L'escroquerie par simple mensonge ?, D. 1981, chron., p. 17.

21 - Tel est le cas de l'âge ou de la situation matrimoniale (Cass. crim. 8 juin 1960, Bull., n° 132).

un mandataire[22] ou comme exerçant certaines professions[23]. Toutefois, n'est pas une qualité le fait d'être propriétaire[24] ou d'être créancier[25].

Dans les autres hypothèses d'omission ou de mensonge, il semble que tel ne soit pas le cas et la tromperie réside soit dans un abus particulier[26], soit dans l'emploi de manœuvres frauduleuses. Il est ainsi nécessaire qu'il y ait un fait extérieur, une mise en scène ou une intervention extérieure pour donner force et crédit au mensonge[27]. Toutefois, une « simple apparence d'extériorité » suffit parfois en jurisprudence[28].
D'ores et déjà, il est possible de constater une première divergence entre les responsabilités civile et pénale dans la mesure où une omission ou un mensonge lors de la période précontractuelle permet parfois de retenir la responsabilité civile délictuelle[29].

En conséquence, le plus fréquemment, les tromperies[30] résident en des manœuvres frauduleuses. Ces dernières peuvent prendre plusieurs formes telle qu'une mise en scène[31]. De plus, le mensonge par écrit est constitutif de manœuvres s'il est accompagné de documents fabriqués ou falsifiés[32]. Enfin, le mensonge appuyé par un tiers, appelé tiers certificateur – qu'il soit de bonne ou de mauvaise foi – est également constitutif de manœuvres[33].
Enfin, les tromperies peuvent également résulter d'une publicité s'ajoutant au mensonge[34] mais uniquement si elle présente certaines qualités[35]. Il faut qu'elle soit « tapageuse, intensive et apte en conséquence à abuser

22 - Cass. crim. 17 juillet 1970, Bull., n° 239 ; 1er mars 1973, Bull., n° 106 ; 27 mars 1973, Bull., n° 151 ; 18 juillet 1985, Bull., n° 273.

23 - Tel est notamment le cas pour la profession de médecin (cass. crim. 2 avril 1897, D. 1898.1.316 ; 23 octobre 1956, Bull., n° 659), de salarié (cass. crim. 10 avril 1997, Bull., n° 137, RTDcom., 1998, p. 214, obs. B. Bouloc) ou d'antiquaire (cass. crim. 21 avril 1970, Bull., n° 136).

24 - Cass. crim. 27 janvier 1992, Dr. pénal, 1992, comm. 200, obs. M. Véron.

25 - Cass. crim. 18 juillet 1968, Bull., n° 233.

26 - A savoir l'abus de qualité vraie.

27 - Cass. crim. 15 novembre 1956, Bull., n° 749 à 751.

28 - Selon le terme employé par A. Chavanne, Le délit d'escroquerie et la politique criminelle contemporaine (Etude de jurisprudence), *in* Les principaux aspects de la politique criminelle moderne, Recueil d'Etudes en hommage à la mémoire du professeur Henri Donnedieu de Vabres, éditions Cujas, 1960, p. 153.

29 - Ainsi, la responsabilité a été retenue dans l'hypothèse d'une personne ayant entamé des pourparlers sans faire état de la nécessité d'obtenir un prêt et à les poursuivre tout en gardant le silence sur la non-obtention de ce prêt (cass. 1ère civ. 6 janvier 1998, JCP 1998, II, 10066, note B. Fages, Defrénois, 1998, 743, obs. D. Mazeaud).

30 - Notons que certaines tromperies sont incriminées spécifiquement par l'article L. 213-1 du code de la consommation à l'encontre de « quiconque, qu'il soit ou non partie au contrat, aura trompé ou tenté de tromper le contractant, par quelque moyen ou procédé que ce soit, même par l'intermédiaire d'un tiers ».

31 - Cass. crim. 20 décembre 1967, D. 1969, 309, note E. Lepointe.

32 - Cass. crim. 14 janvier 1933, D.H., 1933.101 ; D. 1934.1.23, note G.L.

33 - Cass. crim. 20 décembre 1967, D. 1969, 309, note E. Lepointe.

34 - Notons également que la publicité inexacte de nature à induire en erreur est incriminée à titre autonome par l'article L. 121-1 du code de la consommation.

35 - Cass. crim. 28 novembre 1968, Bull., n° 321, qui évoque une publicité « outrancière », « fallacieuse ».

une victime moyenne »[36], l'appréciation ayant lieu *in abstracto*.
Sur ce point, il convient de relever de nombreuses hypothèses où l'escroquerie a été retenue suite à une publicité mensongère. Ainsi, dans une espèce récente, il a été reproché une escroquerie dans le fait qu'une publicité laisse entendre qu'une société était une compagnie aérienne[37], vante les mérites de l'élevage du chinchilla dans l'objectif d'attirer de nouveaux éleveurs[38] ou encore de la spéculation en bourse dans un document intitulé « Jouez le Nasdaq »[39].
Ainsi, il semblerait que la méconnaissance de l'obligation de bonne foi, par le biais d'une publicité, entraîne plus facilement l'engagement d'une responsabilité pénale que des agissements intervenant dans un cadre interindividuel lors de négociations. L'obligation de bonne foi serait donc renforcée lors de l'entrée en pourparlers, lorsqu'une personne entendant contracter cherche à attirer d'éventuelles victimes en mentant dans une publicité.

Par ailleurs, notons que si le tiers certificateur est de mauvaise foi, sa complicité peut également être retenue[40]. Dans l'ensemble de ces hypothèses, les responsabilités pénale et civile peuvent être engagées.

L'élément moral de l'infraction d'escroquerie est constitué par la connaissance du caractère frauduleux des moyens employés ainsi que la conscience d'un préjudice pour la victime ou pour un tiers.

Le mensonge dans la négociation n'est donc constitutif de tentative d'escroquerie que s'il porte sur le nom ou sur la qualité des personnes. Il se peut également qu'il constitue l'infraction de publicité de nature à induire en erreur ou celle de tromperie prévue par le code de la consommation, mais uniquement s'il porte sur certaines des qualités du bien en question[41]. A défaut, il est nécessaire d'établir soit l'existence d'un abus sur la qualité, soit l'existence de manœuvres frauduleuses.

---

36 - Selon P. Conte, *op. cit.*, n° 569.

37 - Cass. crim. 27 février 2007, inédit, n° 06-85317.

38 - Cass. crim. 7 mars 2006, inédit, n° 05-83866.

39 - Cass. crim. 7 février 2006, inédit, n° 05-84743.

40 - Article 121-7 du code pénal.

41 - A savoir pour la publicité, selon l'article L. 121-1 du code de la consommation :
« existence, nature, composition, qualités substantielles, teneur en principes utiles, espèce, origine, quantité, mode et date de fabrication, propriétés, prix et conditions de vente de biens ou services qui font l'objet de la publicité, conditions de leur utilisation, résultats qui peuvent être attendus de leur utilisation, motifs ou procédés de la vente ou de la prestation de services, portée des engagements pris par l'annonceur, identité, qualités ou aptitudes du fabricant, des revendeurs, des promoteurs ou des prestataires ».
Et pour les tromperies, selon l'article L. 213-1 du code de la consommation :
« 1º Soit sur la nature, l'espèce, l'origine, les qualités substantielles, la composition ou la teneur en principes utiles de toutes marchandises ;
2º Soit sur la quantité des choses livrées ou sur leur identité par la livraison d'une marchandise autre que la chose déterminée qui a fait l'objet du contrat ;
3º Soit sur l'aptitude à l'emploi, les risques inhérents à l'utilisation du produit, les contrôles effectués, les modes d'emploi ou les précautions à prendre ».

2) Faire croire au contrat

Le mensonge et les manœuvres peuvent également être destinées à faire croire que l'on va contracter et ce, afin d'obtenir la remise d'un bien.

La jurisprudence offre peu d'illustrations d'une telle hypothèse.

Toutefois, dans une décision du 10 mai 1978, la chambre criminelle a eu à connaître de l'hypothèse où des personnes avaient fait croire au caractère obligatoire de l'adhésion à un contrat d'assistance onéreux et sans contrepartie et obtenu la signature et la remise de fonds[42].

L'escroquerie permet donc de sanctionner les manœuvres frauduleuses ainsi qu'un abus et quelques formes particulières de mensonges. De façon complémentaire, abuser et méconnaître la confiance légitime de l'autre négociateur semble pouvoir recevoir une qualification pénale.

B. La confiance méconnue : l'abus et la violation du secret professionnel

La période précontractuelle peut générer des agissements méconnaissant la confiance entre les négociateurs. Deux qualifications semblent alors pouvoir être retenues : l'abus de confiance et la violation du secret professionnel.

1) Abuser de la confiance

L'abus de confiance est prévu par l'article 314-1 du code pénal qui dispose :
« L'abus de confiance est le fait par une personne de détourner, au préjudice d'autrui, des fonds, des valeurs ou un bien quelconque qui lui ont été remis et qu'elle a acceptés à charge de les rendre, de les représenter ou d'en faire un usage déterminé. »
L'une des conditions préalables de l'infraction était que la remise ait pour cause un contrat, l'article 408 de l'ancien code pénal énumérait d'ailleurs les différents contrats concernés. Toutefois, cette liste a disparu dans le nouveau code pénal et la Cour de cassation considère désormais que l'infraction « ne suppose pas nécessairement que la somme détournée ait été remise en vertu d'un contrat »[43].

42 - Cass. crim. 10 mai 1978, Bull., n° 148.

43 - Cass. crim. 18 octobre 2000, inédit titré, n° 00-82132.

L'élément matériel est caractérisé par un détournement réalisé au préjudice d'autrui. L'acte de détournement résulte d'une utilisation de la chose à des fins étrangères à celles qui avaient été initialement convenues[44].
Le détournement peut résider en un usage abusif[45], en un retard dans la restitution[46] ou une absence de restitution.
Cette infraction peut donc s'appliquer à des hypothèses diverses et notamment dans le cas où chacune des parties en discussion remettrait à l'autre des documents et que, par la suite, il y ait un refus de restitution des éléments transmis en vue de la conclusion du contrat.

L'élément moral de l'abus de confiance réside non seulement dans la conscience de la précarité de la détention, mais aussi de la possibilité d'un préjudice résultant de l'acte volontairement accompli en contrariété avec cette précarité.

Il n'existe pas à proprement parler d'exemples jurisprudentiels où l'infraction a été appliquée à la période précontractuelle, ce qui est compréhensible compte tenu de l'exigence antérieure au nouveau code pénal d'un contrat préexistant. Reste à savoir ce qu'il en est lorsque la confiance a été méconnue par une violation du secret professionnel

2) Méconnaître la confiance : la violation du secret professionnel

L'infraction de violation du secret est définie par l'article 226-13 du code pénal comme « la révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire ».

Le secret professionnel avait été consacré à l'article 378 de l'ancien code pénal. Sa rédaction imparfaite laissait à la jurisprudence le choix entre deux fondements possibles au secret professionnel : soit l'ordre public, dans la mesure où il tend à protéger la confiance que le public a en certaines professions ; soit l'intérêt privé de celui qui s'est confié. Dans la première hypothèse, le secret est absolu, dans la seconde, il est relatif et peut être aisément levé en cas de contradiction avec des intérêts contradictoires. Finalement, il est possible de considérer que le secret défend un intérêt social et collectif[47].

44 - Cass. crim. 8 décembre 1971, Bull., n° 341.

45 - Encore faut-il que l'abus soit caractérisé et qu'il ne s'agisse pas uniquement d'un manquement aux obligations contractuelles.

46 - Si l'intention est bien celle de priver le propriétaire de son bien.

47 - Voir, notamment, B. Tabbarah, Rapport général, I. Le secret professionnel et le droit, *in* Le secret et le droit, Travaux de l'Association Henri Capitant, tome XXV, Dalloz 1974, p. 8 ; J. Hamelin et A. Damien, Les règles de la profession d'avocat, 9ème édition, Paris, Dalloz, 2000, n° 258.

Le nouveau code pénal n'a pas précisé le fondement du secret. Il n'en demeure pas moins que le délit de violation du secret professionnel figure dans le livre deuxième du code pénal relatif aux crimes et délits contre les personnes, ce qui semble indiquer qu'il protège l'intérêt privé de la personne qui s'en prévaut. Il repose sur la confiance légitime inspirée par les professionnels.

Or, lors des pourparlers, les négociateurs peuvent être conduits à se révéler certaines informations couvertes par le secret des affaires et ce, afin de mieux connaître, par exemple, la situation d'une entreprise.

L'infraction est-elle alors applicable si l'une des parties révèle ces informations ?
On sait selon la jurisprudence de la Cour de cassation que « le secret professionnel couvre non seulement les renseignements reçus..., mais également ceux reçus à son propos ou à propos de tiers, dans le cadre des affaires concernant ledit client »[48]. En l'occurrence, il convient de relever qu'il s'agissait d'un professionnel astreint à un secret particulièrement étendu, à savoir l'avocat.
Toutefois, le secret professionnel ne saurait se confondre avec l'obligation ou le devoir de discrétion ou de confidentialité qui est parfois prévu par certains avant-contrats. En effet, la méconnaissance de cette obligation entraîne la responsabilité civile de la personne tenue de respecter cette obligation et non sa responsabilité pénale. Ainsi, s'agissant du banquier, il semble qu'il ait été tenu d'une telle obligation[49], alors même que rien n'était prévu dans un acte, avant que son secret professionnel ne soit consacré[50].

La violation du secret professionnel ne pourrait donc être reprochée qu'aux personnes remplissant les conditions prévues par l'article 226-13 du code pénal.
Certes, la jurisprudence a parfois reconnu qu'un négociateur était tenu au secret professionnel, mais il s'agissait alors d'un avocat[51] ou d'un notaire[52] déjà astreints au secret par leur profession.

La révélation ne semble donc susceptible d'entraîner la responsabilité pénale de son auteur que s'il s'agit d'un professionnel qui aurait participé aux négociations ou encore qui serait consulté, à l'instar d'un commissaire aux comptes ou d'un expert-comptable[53].

---

48 - Cass. crim. 2 mars 2004, inédit, n° 03-85295.

49 - A. Teissier, Secret professionnel du banquier, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Institut de sciences pénales et de criminologie, Laboratoire de recherche sur la délinquance et les déviances, 1999, 2 tomes, p. 35.

50 - Article L. 511-33 du code monétaire et financier.

51 - Cass. crim. 30 septembre 1991, Bull., n° 320, JCP G, 1992, II, 21858, note R. Martin.

52 - Cass. 1ère civ. 18 juin 1985, Bull., n° 193, Gaz. Pal. 9 novembre 1985, n° 312-313, note A.D. ; 29 novembre 1966, Bull., n° 156.

53 - Limoges, 30 mai 1985, D. 1985, IR, 501.

Il semble donc que le droit pénal soit peu présent durant cette phase lorsque le comportement ne consiste qu'à induire en erreur ou à trahir la confiance liant les négociateurs – si ce n'est en cas de publicité mensongère – il en va différemment si le comportement déloyal est de nature à influencer la décision.

§ 2 : Les manœuvres destinées à influencer : la déloyauté

Les tractations peuvent être le cadre de la réalisation de plusieurs infractions commises afin d'exercer des pressions sur les contractants et résidant dans la conclusion réelle ou supposée d'avant-contrats.

Durant cette phase, il n'est donc pas peu fréquent que les parties parviennent à un accord partiel ou un accord sur des aspects secondaires. Toutefois, la doctrine relève que les avant-contrats sont affectés de plusieurs vices - « *insécurité, incohérence et imprévisibilité* »[54] - favorisant la réalisation d'actes délictueux.

A. Les avant-contrats fictifs : le faux et usage de faux

Les infractions de faux et d'usage de faux résultent de l'article 441-1 du code pénal qui dispose :
« Constitue un faux toute altération frauduleuse de la vérité, de nature à causer un préjudice et accomplie par quelque moyen que ce soit, dans un écrit ou tout autre support d'expression de la pensée qui a pour objet ou qui peut avoir pour effet d'établir la preuve d'un droit ou d'un fait ayant des conséquences juridiques. »

L'utilisation d'un faux est utile pour parvenir à la conclusion d'un contrat comme l'illustre, dans le domaine particulier du droit du sport, un arrêt de la chambre criminelle du 17 janvier 2007[55].

L'affaire concerne la signature d'un contrat professionnel par un joueur de football au profit du club du Racing club de Strasbourg football.

A l'issue du contrat, le joueur a essayé d'invoquer le versement d'une somme en arguant d'un avant-contrat.
La véracité de cet avant-contrat était plus que douteuse. Des experts ont établi que le document produit afin de prouver l'existence de l'accord était un faux matériel présentant « de nombreuses caractéristiques suspectes dans sa structure » et que la signature du représentant du club

54 - D. Mazeaud, Mystères et paradoxes de la période précontractuelle, art. précité, n° 21.

55 - Cass. crim. 17 janvier 2007, inédit, n° 06-85456, Les cahiers de droit du sport, 2007, n° 8, p. 141, note M. Benillouche.

avait « d'emblée un aspect quelque peu différent de la signature habituelle de cette partie ».
Le club a donc décidé de se constituer partie civile dans une action au pénal pour faux et usage de faux en considérant que le joueur était l'auteur du document et qu'il l'avait utilisé. Ce dernier a été renvoyé en jugement sous cette seconde qualification et a été finalement relaxé.
Or, selon une jurisprudence établie, celui qui a fait usage du document falsifié est punissable quand bien même il ne serait pas l'auteur du faux[56].

L'élément moral de l'infraction de faux réside dans la connaissance que la pièce utilisée est un faux. Plus précisément, en matière de faux et d'usage de faux, l'intention coupable se déduit de sa conscience de l'altération de la vérité dans un document susceptible d'étayer la preuve d'un droit ou d'un fait ayant des conséquences juridiques[57].

Les faits de l'espèce laisse apparaître un grand nombre d'intermédiaires et de parties en présence qui auraient toutes pu falsifier le document. Les circonstances de la négociation demeurent assez mystérieuses et promptes à avoir généré un malentendu ou une machination.
Ainsi, la cour d'appel a relevé la longueur de la négociation, de 6 à 7 heures, « *fluctuante et difficile* » et sa complexité en raison de son caractère polyglotte et du nombre de parties présentes.
Ces éléments semblent permettre de considérer qu'il y ait pu y avoir un malentendu alors que d'autres éléments tendent plutôt vers l'existence d'un accord occulte dont les preuves ont disparu.
En effet, une perquisition au lieu de la négociation a permis d'établir une réinstallation de l'ordinateur (mémoire et système) quelques jours auparavant alors même qu'il semblerait que celui-ci ait servi pour établir les versions successives des projets de contrat.
Plus encore, un courrier électronique fait état du versement d'une somme importante au joueur, ce qui ne saurait s'expliquer par son contrat de travail officiel.

L'avant-contrat était donc un faux, mais c'est probablement parce qu'il croyait en sa réalité, que le joueur a consenti à contracter au profit du club. Son consentement a été influencé.
Or, bien qu'innocent, il n'obtiendra pas les primes escomptées.

Outre quelques hypothèses similaires, toutes aussi marginales, les infractions de corruption semblent avoir davantage vocation à s'appliquer.

56 - Cass. crim. 5 mars 1990, Dr. pénal 1990, p. 247.

57 - Cass. crim. 3 mai 1995, Gaz. Pal. 1995, 2, somm. 437.

B. Faire agir et agir contre sa conscience : la corruption et les infractions voisines

Les infractions de corruption sont également susceptibles d'être commises dans le cadre de la période précontractuelle.

Ces infractions concernent notamment les agents publics[58] et les salariés[59].

Chacune des infractions de corruption fait l'objet d'une définition spécifique, mais de façon générale, on peut considérer qu'il s'agit d'incriminer la rémunération ayant pour but l'accomplissement ou l'abstention d'actes de l'emploi ou d'actes facilités par l'emploi, qu'il s'agisse de celui qui rémunère ou de celui qui est rémunéré.

Les infractions de corruption active, passive et le trafic d'influence supposaient, avant la loi du 30 juin 2000 modifiant le code pénal et le code de procédure pénale relative à la lutte contre la corruption, l'antériorité de l'accord, du pacte corrupteur. A cette période il semblait donc impossible de retenir la corruption pour des faits commis durant la période précontractuelle, sauf si l'avant-contrat constituait un de ces pactes. Cette exigence a été depuis supprimée.

Notons que l'infraction est commise, même si le destinataire de l'offre ne l'accepte pas[60].

A la lecture des textes d'incrimination[61] et au regard de la jurisprudence[62], il est peu important que les agissements du corrupteur soient ou non suivis d'effet.

D'autres infractions proches existent tels que le trafic d'influence[63] et la concussion[64] et peuvent s'appliquer à la période précontractuelle.

L'application de la corruption à la période précontractuelle renvoie à des hypothèses bien particulières. Il peut s'agir du cas où l'un des négociateurs tenterait d'obtenir la signature de l'autre partie en lui remettant des fonds ou encore en faisant appel à un tiers amené à se prononcer sur le projet de contrat.

---

58 - Articles 432-11, 433-1 et 434-9 du code pénal concernant les agents nationaux ; articles 435-1, 435-2 et 435-4 du code pénal concernant les agents communautaires, étrangers ou d'une organisation publique internationale.

59 - Articles 445-1 et s. du code pénal.

60 - Cass. crim. 16 octobre 1985, Gaz. Pal. 1986, p. 152 ; RSC, 1986, p. 607, obs. J.-P. Delmas-Saint-Hilaire.

61 - Le terme « *propositions* » est employé par l'article 433-1 du code pénal.

62 - Cass. crim. 1er juillet 1948, Bull., n° 172 ; D. 1949, somm. 5.

63 - Article 433-1 du code pénal.

64 - Article 432-10 du code pénal.

La jurisprudence a eu l'occasion de préciser que ne se confondait pas avec une hypothèse de corruption la rémunération à un taux habituellement pratiqué par la profession d'un intermédiaire ayant permis ou facilité la conclusion d'un contrat[65].

Ces infractions s'appliquent donc de façon plus fréquente car elles permettent de lutter contre certains agissements destinés à favoriser l'obtention d'un marché public ou la conclusion d'un contrat entre différentes personnes morales de droit privé.

Toute autre est l'hypothèse où il s'agit d'accorder une protection supplémentaire à une partie jugée vulnérable.

C. La surprotection des personnes les plus fragiles : l'abus de faiblesse

L'article 223-15-2 incrimine « l'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse soit d'un mineur, soit d'une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse [dès lors que celle-ci] est apparente et connue de son auteur, soit d'une personne en état de sujétion psychologique ou physique résultant de l'exercice de pressions graves ou réitérées ou de techniques propres à altérer son jugement, pour conduire ce mineur ou cette personne à un acte ou à une abstention qui lui sont gravement préjudiciables ».

Dans l'hypothèse décrite par l'infraction, il s'agit d'abuser de l'influence sur une personne en état d'ignorance ou de faiblesse pour la déterminer à contracter ou à ne pas contracter.

Cette qualification a été retenue pour des démarchages illégaux à domicile effectués en vue d'obtenir la conclusion d'un contrat[66] ou encore concernant un agent d'assurance ayant fait souscrire un octogénaire à un contrat d'assurance-vie[67].

Dans toutes ces hypothèses, le comportement est déloyal, il vise à obtenir la conclusion du contrat en influençant la partie, les infractions sont donc plus nombreuses et semblent s'appliquer plus aisément. Ce constat se renforce dès lors que le consentement est obtenu par la violence.

§ 3 : Les manœuvres destinées à contraindre : la violence

L'interdiction par le droit pénal de telles pratiques est encore plus marquée. Dans cette hypothèse, l'infraction réside dans le fait de tenter de

65 - Cass. crim. 5 novembre 2003, inédit, n° 02-85513 ; 19 mars 1991, inédit titré, n° 89-82978.

66 - Cass. crim. 7 février 2007, inédit, n° 05-86609.

67 - Paris, 2 avril 2001, D. 2001, IR, 1669.

forcer à contracter, qu'il s'agisse d'une violence physique ou morale, le régime est alors totalement répressif dans la mesure où l'ensemble de ces agissements sont prohibés et sont susceptibles d'être qualifiés pénalement.

A. L'interdiction de la violence physique : l'extorsion

L'extorsion est prévue par l'article 312-1 comme « le fait d'obtenir par violence, menace de violences ou contrainte soit une signature, un engagement ou une renonciation, soit la révélation d'un secret, soit la remise de fonds, de valeurs ou d'un bien quelconque. »

Pour pouvoir être caractérisée, l'infraction suppose donc une remise. Deux hypothèses se présentent alors : soit une remise a lieu antérieurement au contrat, qu'elle résulte ou non de l'application d'un avant-contrat ; soit aucune remise n'a encore eu lieu.

1) En cas de remise

Si une remise a lieu, l'infraction principale est commise dès lors que l'un des moyens visé par le texte a précédé celle-ci.

L'extorsion a ainsi été retenue dans l'hypothèse d'une contrainte exercée afin d'obtenir la conclusion d'un contrat de travail[68].

2) En l'absence de remise

En l'absence de remise, la tentative est punissable en vertu de l'article 312-9 alinéa 1er du code pénal.

B. L'interdiction de la violence morale : le chantage

La violence peut également être morale auquel cas c'est la qualification de chantage qui doit être retenue.

Le chantage est prévu par l'article 312-10 du code pénal comme « le fait d'obtenir, en menaçant de révéler ou d'imputer des faits de nature à porter atteinte à l'honneur ou à la considération, soit une signature, un engagement ou une renonciation, soit la révélation d'un secret, soit la remise de fonds, de valeurs ou d'un bien quelconque ».

L'infraction poursuit le même objectif de protection. Il s'agit d'une variété d'extorsion avec un but identique, mais avec un mode opératoire différent.

68 - Paris, 23 février 1990, Dr. pénal, 1990, p. 323.

La phase de négociation est donc susceptible de générer la responsabilité pénale des négociateurs. Or, il semble qu'une gradation s'opère. Une mauvaise foi caractérisée par un mensonge ne permet de retenir la responsabilité pénale que dans des cas minimes, par exemple, lorsqu'elle s'accompagne de manœuvres extérieures venant l'accréditer aux yeux du public, telle qu'une publicité mensongère. Des infractions commencent à s'appliquer, de façon plus systématique, à partir du moment où une manœuvre ou un détournement a lieu ; la déloyauté est plus facilement réprimée ; quant à la violence elle l'est systématiquement.

Les infractions pénales applicables en cas de rupture des pourparlers diffèrent quelque peu et ne sont que rarement applicables. Le régime de liberté est alors davantage marqué.

Section II – La rupture des négociations

Seules deux catégories d'infractions semblent devoir être applicables, celles prohibant de rompre en raison d'un motif discriminatoire (§ 1) et celles liées à l'interdiction de certains engagements (§ 2).

§ 1 : La rupture fautive : les discriminations

La rupture est libre, pourtant certains motifs de rupture peuvent constituer une infraction pénale, à l'instar d'une justification discriminatoire. Ainsi selon l'article 225-1 alinéa 1[er] du code pénal il s'agit de « toute distinction opérée entre les personnes physiques à raison de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille, de leur grossesse, de leur apparence physique, de leur patronyme, de leur état de santé, de leur handicap, de leurs caractéristiques génétiques, de leurs moeurs, de leur orientation sexuelle, de leur âge, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée ».

Plus encore, parmi les circonstances aggravantes énumérées par l'article 225-2 du code figure le refus de fourniture de biens et de services, de contrat de travail ou encore l'obtention d'un stage.

L'infraction est ainsi commise si des vendeurs refusent de vendre leur maison en raison de l'origine des candidats à l'acquisition[69], ainsi que dans l'hypothèse d'un projet d'embauche de deux personnes dont l'une devait appartenir à une « famille issue de l'immigration »[70].

69 - Besançon, 27 janvier 2005, D. 2006, p. 357, note Paulin.

70 - Cass. crim. 20 janvier 2004, inédit, n° 02-88375.

La liberté de rupture n'est pas entamée par cette infraction. Ce n'est que dans l'hypothèse où une personne mettrait fin aux négociations en évoquant un tel motif que l'infraction s'appliquerait.

Il n'existe guère d'autres infractions, si ce n'est celles figurant dans le code de consommation.

§ 2 : La rupture nécessaire : l'interdiction de pratiques déloyales

Concernant certains contrats particuliers, il existe des dispositions spécifiques au sein du code de la consommation imposant de ne pas contracter sous menace de sanctions pénales.

Dans cette hypothèse, la période précontractuelle n'est constitutive que d'actes préparatoires, seule la finalisation de l'accord constitue l'infraction.

Ainsi, si l'article L. 122-1 du code de la consommation réprime le refus de vente[71], les dispositions suivantes prohibent la conclusion de certains contrats comme, par exemple, les ventes à la « boule de neige »[72].

Il s'agit alors d'hypothèses marginales de contrats.
La personne constatant qu'elle est sur le point de conclure un tel contrat devra s'abstenir et donc mettre fin aux négociations ou, plus vraisemblablement, modifier le contenu du contrat.

Le droit pénal de l'avant-contrat est donc un ensemble très hétérogène d'infractions contre les personnes[73], contre les biens[74], voire même contre la chose publique[75] ; figurant dans et en dehors du code pénal[76].

Il semble que le début ainsi que l'issue des négociations soient gouvernés par une liberté totale sous réserve de respecter le principe de non discrimination ainsi que les dispositions pénales figurant dans le code de consommation.

71 - « Il est interdit de refuser à un consommateur la vente d'un produit ou la prestation d'un service, sauf motif légitime, et de subordonner la vente d'un produit à l'achat d'une quantité imposée ou à l'achat concomitant d'un autre produit ou d'un autre service ainsi que de subordonner la prestation d'un service à celle d'un autre service ou à l'achat d'un produit ».

72 - Article L. 122-6 du code de la consommation.

73 - Livre II du code.

74 - Livre III du code.

75 - Livre IV du code.

76 - En l'occurrence le code de la consommation.

Durant les négociations, plusieurs infractions pénales peuvent permettre de sanctionner des agissements commis de mauvaise foi et de façon déloyale. Il semble que, par le biais des décisions rendues en matière d'escroquerie par le biais d'une publicité, une obligation de bonne foi dont la méconnaissance est pénalement sanctionnée soit susceptible de se dégager lorsqu'il s'agit d'une information diffusée dans le public. Par contre, il n'existe de telle obligation générale lorsque la négociation prend un caractère interindividuel. De façon plus générale, l'étude permet de constater que si l'agissement commis est violent, les procédés commis reçoivent systématiquement une qualification pénale. Plus encore, les personnes vulnérables bénéficient d'une protection supplémentaire[77].

En conséquence, le droit pénal de l'avant-contrat intervient à la fois pour protéger les libertés individuelles des négociateurs, mais aussi afin de sauvegarder l'intérêt général que les parties pourraient être conduites à méconnaître à travers le contrat.

Pourtant, ce qui frappe c'est le nombre peu élevé de décisions rendues concernant la phase précontractuelle, si ce n'est en cas de publicité mensongère constitutive d'une escroquerie. Un constat similaire était fait par la doctrine civiliste[78] qui avance comme motifs justifiant la rareté des actions en responsabilité le dogme de la « liberté de ne pas donner suite à des pourparlers très avancés »[79] ainsi que la réputation de l'entreprise. La fréquence aurait désormais augmenté. Toutefois, s'il paraît également possible que le contentieux pénal en la matière s'accroisse quelque peu, il ne saurait pour autant y avoir de recherche systématique de la responsabilité pénale tant les infractions sont destinées à sanctionner des agissements particulièrement graves caractérisés par des faits matériels intentionnels et non une simple imprudence ou une « légèreté blâmable »[80].

Ainsi, le droit pénal de l'avant-contrat demeure quelque peu anecdotique dans l'immédiat. Espérons qu'il le demeure et que le contentieux pénal n'investisse pas trop les relations précontractuelles en raison d'extensions jurisprudentielles trop importantes des infractions d'escroquerie[81], d'abus de confiance et d'abus de faiblesse.

---

77 - A savoir les consommateurs et les personnes vulnérables.

78 - Voir notamment F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, Droit civil, Les obligations, 9ème édition, Précis Dalloz, 2005, n° 185.

79 - G. Durry, RTDciv., 1972, p. 780.

80 - Selon la formule employée dans l'arrêt cass. com., 22 février 1994, Bull., n° 79 ; RTDciv., 1994, p. 849, obs. J. Mestre.

81 - Sur ce point, le nombre relativement élevé de décisions en matière d'escroquerie par le biais d'une publicité mensongère n'est pas nécessairement annonciateur d'un développement du contentieux pénal de l'avant-contrat dans mesure où il s'agit de « moraliser » cette activité et donc de protéger le public et, plus précisément, les consommateurs envers des promesses mensongères émanant de professionnels, à grande échelle, visant à inciter à contracter en valorisant faussement leur produit. Le droit pénal assure alors le respect de l'intérêt général en sanctionnant les agissements destinés à abuser de la confiance du public pris dans sa globalité.

Un tel phénomène – dans le cadre de négociations bipartites – risquerait de permettre d'instrumentaliser le droit pénal qui deviendrait alors un moyen de pression au profit de négociateurs mécontents prêts à menacer d'une action pénale et ce, afin d'inciter à la conclusion du contrat[82] ou d'obtenir une indemnisation en raison du principe d'unité des fautes civile et pénale[83]. Le choix de recourir au droit pénal présente d'ailleurs de nombreux avantages déjà mis en évidence par R. Ottenhof : il s'agit d'une action susceptible de s'exercer plus rapidement que l'action civile ; elle est plus efficace en raison de la contrainte exercée sur les parties mais aussi et surtout parce que la charge de la preuve pèse sur le Ministère Public – qui dispose de pouvoirs exorbitants – et non sur les parties privées[84].

Or, le droit pénal doit demeurer un recours ultime et non un instrument au service des parties privées[85].

82 - Ce qui ne saurait constituer l'infraction de chantage dès lors que l'engagement n'est pas hors de proportion avec le préjudice subi (Toulouse, 26 mars 1981, D. 1981, p. 385, note Merle ; RSC 1982, p. 133, obs. Bouzat).

83- Cass. civ. 18 décembre 1912 ; 12 juin 1914, S. 1914, 1, 249, note Morel. Notons que le principe a été quelque peu écorné depuis la loi du 10 juillet 2000.

84 - R. Ottenhof, op. cit., n° 13.

85 - C'est d'ailleurs, dans cette voie que s'est engagée dernièrement le législateur à travers la loi du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale qui prévoit de nouvelles conditions à l'exercice de l'action civile devant la juridiction pénale et limite l'obligation pour le juge civil de surseoir à statuer lorsque le juge pénal est saisi du même litige, voir notamment J. Pradel, Les suites législatives de l'affaire dite d'Outreau. A propos de la loi n° 2007-291 du 5 mars 2007, JCP 2007, I, 138.

LA RUPTURE PRECONTRACTUELLE A L'EPREUVE DE L'ANALYSE ECONOMIQUE DU DROIT

Grégory Maitre
Maître de conférences à l'Université Paris XI (Sceaux)

1. Le juriste envisage traditionnellement la rupture des négociations précontractuelles sous l'angle de la responsabilité délictuelle qu'elle est susceptible d'engendrer à la charge de celui qui commet une faute en rompant les négociations[1].

Cette approche classique peut cependant paraître limitée, car elle n'envisage la question de la rupture précontractuelle *qu'a posteriori*, c'est à dire une fois cette rupture consommée.

La sanction d'une faute éventuelle dans la rupture conduit certes à reconnaître l'existence de certaines obligations à la charge des parties qui négocient, comme par exemple une obligation de confidentialité ou encore, plus généralement, une obligation de bonne foi dans la conduite des pourparlers.

Il n'en reste pas moins que l'analyse juridique envisage habituellement la rupture contractuelle comme une source de responsabilité, sans l'intégrer dans une réflexion plus large sur le rôle que joue la sanction éventuelle d'une telle rupture en droit des contrats.

Telle est l'ambition du droit des avant-contrats.

En effet, le droit des avant-contrats regroupe l'ensemble des règles juridiques relatives à la période précédant la conclusion d'un contrat qui représente l'objectif ultime poursuivi par les parties.

Ainsi conçu, le droit des avant-contrats regrouperait donc les règles relatives à la responsabilité précontractuelle, et celles applicables aux contrats dits « préparatoires », tels que le pacte de préférence ou la promesse unilatérale de contrat.

1 - F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, Les obligations, 8ème édition, 2002, n° 185 ; J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, L'acte juridique, 12ème édition, 2006, n° 148.

A priori, il existe des différences fondamentales entre la responsabilité précontractuelle, d'une part, et le régime des contrats préparatoires, d'autre part.

La responsabilité précontractuelle s'applique à l'hypothèse d'une rupture fautive des pourparlers contractuels, justifiant l'indemnisation de la partie qui subit la rupture alors qu'elle s'attendait à conclure le contrat en cours de négociation. A ce titre, la responsabilité précontractuelle suscite certaines difficultés, principalement relatives à la définition de la faute précontractuelle ainsi qu'à la consistance du préjudice consécutif.

Les contrats préparatoires représentent un stade plus avancé de la négociation précontractuelle, puisqu'ils constituent des contrats à part entière, qui créent des obligations à la charge d'au moins l'une des parties, et qui ont pour objectif de « sécuriser », plus ou moins, la conclusion d'un autre contrat, qui représente la finalité des parties. Le plus souvent, la violation des contrats préparatoires pose deux problèmes distincts. Tout d'abord, il s'agit de déterminer si, malgré l'inexécution du contrat préparatoire, il est possible de considérer que le contrat préfiguré est conclu. Ensuite, dans l'hypothèse d'une réponse négative, il convient de s'interroger sur la réparation à laquelle peut prétendre la partie victime de l'inexécution, certes dans son *quantum* si une indemnisation pécuniaire est envisagée, mais aussi dans sa forme, puisqu'une réparation en nature pourrait conduire finalement à la conclusion du contrat envisagé.

2. Malgré ces différences apparentes, le problème posé par la rupture des pourparlers ou la violation d'un contrat préparatoire est en réalité le même.

En effet, il s'agit à chaque fois de délimiter la frontière qui sépare l'existence d'un engagement contractuel des pourparlers, fussent-ils formalisés par un contrat préparatoire, et, dans l'hypothèse où le contrat définitif ne peut être considéré comme conclu, déterminer si une sanction est envisageable contre la partie à l'origine de l'absence de conclusion de ce contrat, et quelle forme elle doit emprunter.

En définitive, le Droit doit réaliser en la matière un équilibre entre le respect de la liberté contractuelle, qui implique la possibilité de rompre une négociation contractuelle, si avancée, soit-elle, dès lors que le contrat n'est pas encore définitivement formé, et la force obligatoire du contrat, qui contraint les parties qui se sont engagées contractuellement à respecter leur parole, l'affaire conclue fût-elle en définitive moins intéressante que prévu pour l'une des parties.

3. Ainsi considérée, la problématique qui anime le droit des avant-contrats n'est guère différente de l'approche réalisée dans le domaine de la négociation précontractuelle par l'analyse économique du droit[2].

Un auteur résume parfaitement l'optique retenue par l'analyse économique du droit en matière de rupture des négociations dans les termes suivants : « *Comment répartir la charge des différents coûts susceptibles de résulter d'une négociation non aboutie afin d'assurer les objectifs d'efficacité souhaitables , de manière à inciter les négociateurs à adopter les comportements qui aboutiront à la meilleure allocation des ressources ?* »[3].

Le même auteur poursuit son analyse en considérant que « *l'analyse économique apporte des éléments d'appréciation de grande utilité dans l'élaboration des règles de droit* »[4].

Cet apport de l'analyse économique du droit serait-il alors si décisif qu'il permettrait un renouvellement en profondeur du droit de la rupture précontractuelle ?

Comme nous le verrons, l'apport de l'analyse économique sur ce point est réel, mais limité. Il peut s'exposer en trois étapes. La théorie économique propose en effet une analyse de la négociation précontractuelle (section I) qui permet de mettre en évidence le rôle économique du droit des avant-contrats (section II). Cette analyse permet de définir la sanction la plus adéquate à une éventuelle rupture précontractuelle, en validant pour l'essentiel le droit positif actuel tout en suggérant quelques adaptations (section III).

Section I - L'analyse économique de la négociation précontractuelle

4. La négociation précontractuelle représente une période durant laquelle les participants à cette négociation discutent les termes d'un éventuel contrat à conclure entre elles.

D'un point de vue strictement juridique, la période précontractuelle s'analyse en de simples pourparlers, qui n'engagent pas les parties à la

2 - Il convient de rappeler que l'analyse économique du droit représente une démarche pluridisciplinaire, née dans les années 1960 aux Etats-Unis, axée sur l'application des méthodes de raisonnement issues des sciences économiques aux problématiques de nature juridique. Cette démarche présente un intérêt avant tout théorique, car elle offre un point de vue original sur un problème juridique donné, à l'instar du droit comparé, où le juriste croise les expériences juridiques de différents systèmes nationaux afin de mieux comprendre son propre système.

3 - M. Fontaine (dir.), Le processus de formation du contrat, Bruylant – LGDJ, 2002, p. 857, n° 17.

4 . Fontaine, *op. cit.*, p. 896, n° 110.

négociation au-delà du respect d'une obligation générale de bonne foi[5]. La césure paraît donc claire, et peut se résumer à l'énoncé d'une lapalissade : avant la conclusion du contrat, il n'existe aucun engagement contractuel. Seul l'accord sur les éléments essentiels du contrat en cours de négociation caractérise la formation de ce contrat.

Cette conception instantanée de la formation du contrat est cependant très éloignée de la réalité, même si elle est juridiquement opératoire. En effet, si de nombreux contrats se concluent effectivement en un trait de temps parce qu'ils sont suffisamment simples pour cela – tel est le cas par exemple de l'achat d'une baguette de pain – de nombreux autres contrats font au contraire l'objet d'une négociation plus ou moins longue, dès qu'ils impliquent un investissement plus important. L'achat d'une voiture, la souscription d'un emprunt immobilier, la conclusion d'une fusion-acquisition ou encore celle d'un contrat à exécution successive sont autant d'exemples d'une formation contractuelle qui s'étale dans le temps.

La théorie allemande de la *punctatio* cherche d'ailleurs à rendre compte de cette formation du contrat par degrés[6], en permettant un premier fonctionnement du contrat dès l'accord sur les éléments essentiels, qui sera complété ultérieurement par les parties. La formation du contrat, au sens strict du terme, n'interviendrait donc pas nécessairement instantanément, mais pourrait durer un certain temps.

Cette théorie n'est pas totalement satisfaisante pour autant car elle relègue la période de négociation précontractuelle au second plan : seul paraît importer le moment où il est possible de considérer que le contrat, même incomplet, est formé dans ses éléments essentiels. L'approche est parfaitement cohérente dès lors qu'il s'agit de déterminer si un engagement juridiquement contraignant existe à la charge des parties : la formation du contrat traduit le moment où naît la force obligatoire du contrat.

Mais cette analyse présente une importante lacune, car elle exclut tout ce qui précède la formation même du contrat de la réflexion autour de la naissance de l'effet obligatoire du contrat. Cela semble parfaitement légitime en ce qui concerne les simples pourparlers : leur violation ne peut engager, au mieux, qu'une responsabilité d'ailleurs limitée de l'au-

5 - L'article 1134 du Code civil n'est certes pas visé par la Cour de cassation en la matière, puisque la responsabilité encourue en cas de rupture fautive des pourparlers est de nature délictuelle. Il n'en reste pas moins que l'absence de considération du degré de la faute commise pour justifier la responsabilité rapproche singulièrement la notion de bonne foi contractuelle de l'appréciation de la faute de rupture des négociations.

6 - A. Rieg, La *punctation*, contribution à l'étude de la formation successive du contrat, *in* Etudes Jauffret, 1974.

teur de la rupture des négociations, et ne peut jamais conduire à la conclusion du contrat, par application du principe de liberté contractuelle[7]. C'est également vrai, mais certes plus discuté[8], s'agissant de la violation d'un contrat préparatoire. Sauf fraude, la violation d'une promesse unilatérale de contrat ou d'un pacte de préférence[9] n'engage que la responsabilité de son auteur, sans permettre la formation du contrat. Dans ces deux hypothèses, la justification du prononcé d'une responsabilité est simple : l'auteur de la rupture doit seulement indemniser l'autre partie car le contrat définitif n'était pas conclu par sa faute. Pour autant, il était en droit de ne pas conclure le contrat, par application du principe de liberté contractuelle même s'il doit assumer les conséquences de son geste.

Si les solutions retenues en matière de rupture précontractuelle ne nous paraissent pas critiquables en tant que telles, leur justification pourrait être mieux appréhendée par le recours à l'analyse économique du droit.

5. L'économiste propose en effet une approche originale de la naissance de l'effet obligatoire du contrat, sans séparer formellement la phase de négociation précontractuelle de la formation du contrat proprement dite, au moyen de la théorie des jeux.

La théorie des jeux[10] examine l'influence des interactions humaines sur le comportement d'un individu, et repose sur deux concepts fondamentaux[11]. Le premier est celui de jeu : il s'agit d' « *une situation concurrentielle dans laquelle deux personnes (ou plus) poursuivent leur intérêt* ». Le second est celui de stratégie : c'est « *une action entreprise par un joueur dans chaque situation possible* »[12].

Le jeu se traduit par conséquent par différentes interactions entre les participants, appelés « joueurs ». Chaque joueur cherche à satisfaire son intérêt personnel au travers de ces interactions. Par exemple, les parties

7 - V. par ex. J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, L'acte juridique, Sirey, 12ème édition, 2006, n° 148.

8 - V. not. M. Fabre-Magnan, Le mythe de l'obligation de donner, RTDciv. 1996, p. 85.

9 - Cass. ch. mixte 26 mai 2006, Bull. Mixte, n°4, RTDciv. 2006, n° 3, p. 550.

10 - B. Guerrien, La théorie des jeux, Economica, 2ème édition, 1995 ; R. Posner, Economic analysis of law, Aspen Law and Business, 1998, p. 21 ; R. Cooter et T. Ulen, Law & Economics, 2000, p. 34 ; P. Cahuc, La nouvelle microéconomie, Ed. La Découverte, Coll. Repères, p. 17.

11 - B. Bernier et H.-L. Védie, Initiation à la microéconomie, Dunod, 1998, p. 180 et s.

12 - L'archétype du « jeu » est illustré par le « dilemme » du prisonnier, où deux personnes complices d'un même délit sont détenues en garde à vue. La police propose à chacune d'elles un marché lui évitant toute condamnation si elle dénonce l'autre. Dans cette configuration, le jeu est « non coopératif » si les deux « prisonniers » sont opposés l'un à l'autre, et le jeu peut tourner au profit de l'un d'eux mais au détriment de l'autre, si l'un dénonce et l'autre se tait. Il peut toutefois également en résulter une stratégie de coopération, si les deux prisonniers se sont accordés pour se taire, auquel cas ils seront tous les deux relâchés faute de preuve.

à une négociation précontractuelle sont considérées comme des joueurs d'un point de vue économique, dont l'objectif est la meilleure satisfaction possible de leur intérêt personnel. Chaque joueur adopte, lors de la négociation, une stratégie afin de tirer le meilleur de cette négociation.

Chaque joueur peut décider d'adopter soit un comportement non coopératif, soit un comportement coopératif, dont dépend l'issue de la négociation.

Une stratégie non coopérative aboutit nécessairement à l'absence de conclusion du contrat envisagé. Les raisons pour un individu d'adopter un comportement non coopératif peuvent être très diverses. L'une des parties au contrat peut tout d'abord refuser de conclure le contrat car la négociation a permis de mettre en lumière que ce contrat ne serait pas suffisamment profitable. Mais il est aussi possible que la négociation elle-même ne soit engagée par l'une des parties qu'afin d'obtenir un bénéfice étranger à la conclusion du contrat, qui n'a jamais été souhaitée en réalité. Par exemple, l'une des parties souhaite obtenir de l'autre certaines informations confidentielles, ou la détourner d'une autre négociation afin d'emporter un marché par ailleurs.

Inversement, les joueurs peuvent adopter un comportement de coopération. Le contrat sera alors conclu, et les parties se partageront le bénéfice retiré de cette coopération. Il s'agit de l'issue la plus satisfaisante économiquement, car elle permet une création de richesse, ainsi qu'un partage supposé efficient de cette richesse entre les deux parties.

6. Afin d'expliquer la raison pour laquelle la conclusion d'un contrat est économiquement souhaitable, il faut comprendre que, d'un point de vue économique, l'issue d'un jeu n'est efficiente que s'il en résulte un équilibre, dit équilibre de Nash[13]. Cet équilibre constitue une « *combinaison de stratégies – une par joueur – telle que personne n'aurait pu augmenter strictement son gain en retenant une stratégie différente de celle qui lui attribue cette combinaison, compte tenu des stratégies des autres joueurs qui y figurent* ». En d'autres termes, l'issue du jeu constitue un équilibre lorsqu'aucun des joueurs ne regrette le choix qu'il a fait.

Cette conception de l'équilibre justifie à la fois la conclusion du contrat, lorsque chacune des parties y a intérêt, et l'absence de conclusion du contrat, lorsqu'il apparaît que les ressources de chaque partie seraient mieux employées autrement.

13 - B. Guerrien, ouv. précit., p. 34.

Dans les autres hypothèses, c'est à dire lorsque le contrat n'est pas conclu, ou qu'il l'est au contraire au détriment de l'une des parties, il en résulte un déséquilibre source d'inefficacité économique.

Nous laisserons de côté l'hypothèse d'un contrat conclu au détriment de l'une des parties, qui sort du cadre de notre étude, pour nous concentrer sur celle où le contrat n'est pas conclu, mais au bénéfice d'une seule des parties seulement. Dans ce cas, l'analyse économique préconise une réaction du droit, lui assignant un rôle précis destiné à désinciter les comportements stratégiques destinés à faire échouer une négociation contractuelle tout en s'appropriant les ressources de l'autre partie à la négociation.

Section II - Le rôle économique du droit des avant-contrats

7. Le contrat s'analyse économiquement comme un échange entre les parties de ressources dont ils disposent, afin de les valoriser le mieux possible, c'est à dire de les « maximiser » en langage économique[14].

Cet échange suppose que l'une des parties convoite l'une des ressources détenues par l'autre partie, et lui propose l'une de ses propres ressources en échange, que cette partie convoite également. Ainsi, l'acheteur d'un immeuble accorde une grande valeur à ce bien, par exemple parce qu'il souhaite se loger, tandis que le propriétaire de l'immeuble consent à le vendre, mais moyennant le versement d'un prix qui lui fera accepter la vente. La conclusion du contrat permet alors ce qu'on appelle la « meilleure allocation des ressources », c'est à dire que les ressources détenues par chaque partie sont transférées volontairement à la personne qui leur accorde le plus de valeur.

Le droit des contrats joue par conséquent un rôle crucial, d'un point de vue économique, puisqu'il assure, à la manière de la « Main Invisible » chère à Adam Smith, un transfert volontaire des richesses entre les individus. Ainsi, le droit ne doit pas décourager la conclusion d'un contrat, mais au contraire l'encourager et la faciliter. C'est pourquoi l'analyse économique du droit assigne au droit des contrats une fonction de conversion des jeux non coopératifs en jeux coopératifs[15].

8. Le rôle économique du droit des avant-contrats ne diffère pas fondamentalement de celui assigné au droit des contrats.

14 - A. Ogus et M. Faure, Economie du droit : le cas français, Ed. Panthéon Assas, LGDJ, 2002, p. 96.

15 - R. Cooter et T. Ulen, ouv. précité, p. 187.

En effet, la négociation précontractuelle représente un jeu au cours duquel l'une des parties propose un contrat, et tente d'obtenir que l'autre en accepte les termes.

Economiquement, cette négociation est qualifiée de « jeu d'agence »[16], qui représente un jeu de nature séquentielle et non simultanée. Traditionnellement, l'« agence » désigne le fait pour une personne de confier à une autre un intérêt quelconque pour en assurer la gestion[17]. Plus généralement, le jeu d'agence permet de rendre compte assez fidèlement de la situation qui résulte d'une négociation précontractuelle, puisqu'elle suppose qu'une personne fasse une offre de contracter à une autre, qui ensuite en discutera les termes. La négociation est donc séquentielle, car elle suppose un échange constant entre les parties de propositions et de contre-propositions.

Dans le cadre d'un jeu d'agence, le premier joueur à agir procède à un « investissement », c'est à dire qu'il prend un risque en dévoilant à l'autre joueur certaines informations cruciales, avec l'espoir qu'un contrat sera conclu. Cet autre joueur a alors le choix entre accepter le contrat et l'exécuter, ou tenter de s'approprier tout ou partie des ressources de l'autre partie sans rien offrir en échange. Par exemple, A souhaite procéder à une fusion-acquisition avec B. Pour cela, il se rapproche de B et lui dévoile certaines informations sur la structure de son capital, dont il espère qu'elles convaincront B de fusionner. B peut accepter les termes du contrat proposé et exécuter la fusion ou il peut exploiter les informations gratuitement obtenues sans rien donner en échange, par exemple en lançant une offre publique d'achat hostile avec l'objectif d'acquérir A à un moindre prix que celui proposé.

La négociation d'un contrat ne peut donc aboutir à la conclusion du contrat qu'à deux conditions : l'une des parties doit investir dans le futur contrat, tandis que l'autre doit accepter d'exécuter ce contrat.

En définitive, il est économiquement souhaitable que la conclusion d'un contrat soit facilitée, car elle permet la meilleure valorisation des ressources détenues par chaque individu, ce qui implique l'encouragement des individus à entrer en négociation, mais il importe également de décourager tout comportement stratégique qui conduirait à l'appropriation par l'une des parties à la négociation de la ressource proposée par l'autre partie.

16 - R. Cooter et T. Ulen, ouv. précité, p. 187.

17 - Sur la théorie de l'agence, v. G. Maitre, ouv. précité, n° 414.

Tel est le double objectif du droit des avant-contrats : inciter les parties à négocier tout en les décourageant de tromper l'autre afin de le priver de la ressource au centre de la négociation. En d'autres termes, le droit des avant-contrats participe à l'objectif assigné au droit des contrat, qui doit faciliter la conclusion de contrats efficients entre les individus, c'est à dire de contrats que les parties ont l'intention d'exécuter.

Cette optique, sans être originale, éclaire mieux les raisons pour lesquelles la sanction d'une rupture précontractuelle, quel que soit l'avancement des négociations, est à la fois nécessaire mais également limitée.

Section III - La sanction de la rupture précontractuelle

9. Le droit des avant-contrats poursuit l'objectif d'encourager l'entrée en négociation tout en désincitant les comportements stratégiques de nature à manipuler l'autre partie à la négociation en cherchant à s'approprier l'une de ses ressources sans vouloir vraiment conclure le contrat.

Par conséquent, il n'est pas concevable, en tout état de cause, d'imposer à la partie fautive d'entrer dans les liens contractuels objets de la négociation, car l'effet plus général d'une telle sanction serait de décourager l'investissement dans une négociation précontractuelle. Qui prendrait le risque d'une négociation si l'échec de cette négociation pourrait tout de même aboutir à la conclusion du contrat par autorité de justice ?

Seule la voie d'une indemnisation pécuniaire est donc envisageable afin de sanctionner un comportement économiquement inefficace au cours d'une négociation précontractuelle. La rupture précontractuelle ne peut donc être source que de responsabilité, délictuelle ou contractuelle selon le cas[18].

Cette responsabilité ne peut s'entendre que d'une responsabilité pour faute[19]. En effet, une responsabilité objective serait totalement inefficace, puisqu'elle imposerait systématiquement à celui qui est à l'origine d'une rupture précontractuelle les conséquences de cette rupture, fautive ou non. Il en résulterait une importante désincitation à entrer en négociation, contraire à la fonction économique du droit des contrats[20].

18 - On précisera que l'analyse économique du droit ne connaît pas la distinction propre au droit français entre responsabilité délictuelle et contractuelle, en raison de son enracinement dans le droit de Common Law.

19 - L. A. Bebchuck et O. Ben-Shahar, Precontractual reliance, Journal of legal studies, vol. 30, 2001, p. 423 et s.

20 - Sur la distinction économique entre responsabilité pour faute et responsabilité sans faute, v. G. Maitre, ouv. précité n° 143 et s.

Ainsi, il convient de sanctionner la partie à l'origine de la rupture uniquement lorsqu'elle a commis une faute en exerçant son droit de rompre. Cette conclusion est d'ailleurs parfaitement compatible avec le droit positif français.

D'un point de vue économique, la faute précontractuelle ne peut être sanctionnée, selon l'application de la fameuse « formule du juge Hand »[21], qu'à la condition que l'auteur de la faute n'ait pas pris les précautions économiquement suffisantes pour prévenir le dommage subi par l'autre partie.

Appliquée à la matière précontractuelle, cette formule suppose une démarche en deux temps pour apprécier l'existence d'une faute dans la conduite des négociations[22].

Tout d'abord, il convient de déterminer si la négociation est suffisamment avancée pour justifier la mise en oeuvre d'une éventuelle sanction. Tel est certainement le cas lorsqu'un contrat préliminaire a été conclu, puisqu'un accord a été formalisé par un acte entre les parties. C'est d'ailleurs le modèle du contrat préliminaire qui doit être retenu pour déterminer les critères de la faute de négociation lorsqu'un tel avant-contrat n'existe pas. En effet, l'avant-contrat a pour fonction essentielle de « sécuriser » la conclusion future du contrat envisagé et objet de la négociation. Afin de remplir cette fonction, il présente trois caractéristiques complémentaires. Tout d'abord, l'avant-contrat précise la forme que prendra le contrat définitif. Ensuite, il détermine le cas échéant les investissements spécifiques que chaque partie devra réaliser en vue de la conclusion du contrat définitif, et l'ordre dans lequel ces investissements seront réalisés[23]. Ces trois caractères sont également requis en l'absence de contrat préparatoire, et doivent être cumulativement réunis.

La faute précontractuelle (ou contractuelle lorsqu'un contrat préliminaire aura été conclu) résultera alors d'un refus de conclure le contrat préfiguré dans les conditions envisagées par les parties. En effet,

21 - Sur la formule du juge Hand : G. Maitre, ouv. précité, n° 153 et s.

22 - A. Schwartz et R. E. Scott, Precontractual liability and preliminary agreements, Harvard Law Review, 2007, p. 662 et s.

23 - Prenons l'exemple d'une négociation autour de la conclusion d'un contrat de vente d'immeuble en l'état futur d'achèvement. La signature du contrat de réservation prévoit d'ores et déjà la construction de l'immeuble envisagé, et prévoit également plusieurs versements périodiques à la charge de l'acheteur. Le contrat de réservation détermine donc la nature du contrat définitif, les investissements liés à la conclusion de ce contrat ainsi que le calendrier de ces investissements. La même observation peut être faite en ce qui concerne une fusion acquisition. La négociation a en effet pour objet de déterminer le type de fusion envisagé, les investissements réalisés par les parties (c'est à dire les informations, notamment financières, nécessaires au bon déroulement de la fusion) et le moment où ces investissements devront être réalisés.

lorsque la négociation paraît suffisamment avancée, la partie victime de la rupture pouvait légitimement croire que le contrat allait être conclu en définitive. La partie qui rompt les négociations, ou même qui en retarde simplement le calendrier porte alors atteinte à cette croyance légitime, ce qui justifie sa sanction lorsque le contrat en cours de négociation n'est finalement pas conclu[24].

Cette conception de la faute de négociation paraît très proche de l'analyse traditionnellement faite par la doctrine française, qui la comprend comme la faute dans l'exercice du droit de rompre les négociations[25]. En effet, l'analyse économique du droit suppose que la négociation précontractuelle ait fait naître chez l'une des parties une croyance légitime que le contrat allait être conclu, d'où il résulte une confiance ultérieurement trompée par l'autre partie qui rompt les négociations. Ces deux approches sont assez largement compatibles l'une avec l'autre.

10. Une fois la faute de négociation démontrée, il reste à déterminer quel sera le *quantum* de la réparation accordée à la partie qui subit la rupture précontractuelle.

Le droit français paraît aujourd'hui fixé sur l'évaluation du préjudice résultant de la rupture précontractuelle, en distinguant d'une part la perte éprouvée, qui consiste dans les frais engagés dans la négociation, et d'autre part le gain manqué, qui ne peut comprendre que la perte de chance réelle et sérieuse de conclure un autre contrat que celui envisagé.

La théorie économique adopte une optique différente, bien qu'elle conduise à des résultats à peu près équivalents.

En effet, l'économiste envisage la sanction de la faute contractuelle du point de vue de l'efficacité du droit des avant-contrats, et non du seul point de vue de la victime de la rupture précontractuelle fautive.

Economiquement, la rupture fautive conduit, pour la partie qui la subit, à la perte de l'ensemble des ressources qu'elle a investit dans la négociation

24 - Un auteur a proposé une approche similaire à celle adoptant la notion de croyance légitime, en proposant de tenir compte de considérations d'équité, et non seulement d'efficacité. V. W.P.J. Wils, *Who should bear the costs of failed negociations ? A functional inquiry into precontractual liability*, Journal des économistes et des études humaines, 1993, 4, p. 93. Toutefois, cette notion d'équité nous paraît encore moins précise que celle de croyance légitime et entre en conflit direct avec l'exigence d'efficacité qui est seule prise en compte par l'analyse économique. C'est pourquoi il nous paraît plus exact de conserver le critère tiré de la croyance légitime.

25 - En apparence, la doctrine demeure divisée sur ce point. Pourtant, l'approche de la faute en matière de négociation demeure assez largement similaire, que l'on parle d'abus ou de faute dans l'exercice d'un droit. V. par ex. J. Ghestin, La responsabilité délictuelle pour rupture abusive de pourparlers, JCP 2007, I, 155 ; O. Deshayes, Le dommage précontractuel, RTDcom. 2004, p. 200 ; v., du même auteur, JCP 2006, II, 10130 ; Ph. Stoffel-Munck, La rupture des pourparlers se dote d'un régime complet et cohérent, JCP E, 2004, 738.

croyant que le contrat allait être conclu. C'est ce que le droit de *common law* désigne par l'expression « *reliance interest* », qui se situe à mi-chemin entre l'intérêt négatif (la perte éprouvée) et l'intérêt positif (le gain manqué)[26].

Seule cette perte doit être indemnisée. Tel n'est pas le cas du gain manqué, c'est à dire du contrat dont la conclusion était espérée, puisque cette conclusion n'aurait jamais dû intervenir en tout état de cause, d'un point de vue économique. En effet, si l'une des parties, même de mauvaise foi, n'avait pas ou n'a plus l'intention de conclure le contrat, c'est qu'elle estime que l'exécution de ce contrat serait contraire à son intérêt. Il n'y a alors aucun sens économique à « forcer » l'exécution d'un contrat, fût-ce par le biais d'une indemnisation correspondant à la valeur attendue du contrat – à supposer qu'elle puisse être déterminée – car une telle exécution serait inefficiente.

De la même manière, il n'est pas efficace de restituer à la partie victime toutes les sommes investies dans la négociation, puisqu'elles représentent un investissement nécessaire à toute négociation quel qu'en soit le résultat. Il serait désincitatif d'indemniser la partie victime d'une rupture précontractuelle de tous les frais occasionnés par la négociation, car cela découragerait le fait même de négocier[27].

Ainsi, l'assiette de l'indemnisation à raison d'une rupture précontractuelle est *a priori* étroite. Le préjudice résultant d'une telle rupture ne peut en effet se traduire que de deux manières. Tout d'abord, la victime de la rupture peut avoir engagé des frais supplémentaires dans l'optique de la conclusion du contrat, croyant que cette conclusion était très probable. Ensuite, la victime peut avoir renoncé à certaines opportunités, toujours parce qu'elle croyait à une très grande probabilité de conclusion du contrat.

Il appartiendra alors au juge, saisi d'une demande en indemnisation, d'évaluer la consistance exacte de ce préjudice. La tâche du juge ne sera guère aisée en toute hypothèse, mais les suggestions de l'analyse économique du droit peuvent le guider à deux égards.

En premier lieu, la détermination du préjudice indemnisable supposera la preuve par la victime d'une croyance suffisamment forte dans la conclusion du contrat pour justifier l'indemnisation des pertes résultant

26 - R. Cooter et T. Ulen, ouv. précité, p. 193 et s. V. aussi, P. Chauvel, D. 1998, juris., p. 49.

27 - Pour une approche similaire et nuancée sur l'indemnisation des frais de négociation en droit français : J. Schmidt-Szalewski, La sanction de la faute précontractuelle, RTDciv. 1974, p. 53 ; O. Deshayes, Le dommage précontractuel, précité.

de cette croyance. C'est à partir du moment où cette croyance est avérée que tout investissement supplémentaire de la partie sujette à cette croyance peut conduire à une indemnisation.

En second lieu, il importe d'exclure l'indemnisation des conséquences de la rupture lorsqu'elles ne résultent pas de la fausse croyance induite par l'auteur de la rupture. C'est le cas de frais de négociation, qui devraient être par principe exclus du préjudice réparable, sauf à démontrer qu'ils ont été spécifiquement investis dans la croyance légitime de la conclusion du contrat. C'est également le cas de la perspective de conclusion du contrat en cours de négociation, puisque d'un point de vue économique, la naissance de ce contrat n'était en tout état de cause pas efficiente.

Il reste alors à se demander si, avec une indemnisation aussi réduite, la partie victime aura toujours intérêt à réclamer en justice réparation. L'effet pervers d'une telle limitation du préjudice indemnisable serait alors de décourager l'action des victimes et d'encourager corollairement les ruptures précontractuelles abusives, puisque leur auteur pourrait compter sur l'absence de recours judiciaire à leur encontre.

La solution pourrait alors consister dans le prononcé de dommages et intérêts punitifs, au sens retenu par l'analyse économique du droit[28]. En effet, la théorie économique enseigne que les dommages et intérêts punitifs ont pour fonction la compensation du fait que toutes les victimes n'agissent pas systématiquement en responsabilité. Le juge doit alors prononcer un surcroît d'indemnisation qui n'est pas fondé en premier lieu sur le comportement particulièrement grave de l'auteur de la faute, mais plutôt sur une prise en compte des hypothèses dans lesquelles l'auteur de la rupture est demeuré impuni.

28 - G. Maitre, ouv. précité, n° 299 et s.

SECONDE PARTIE :
LE DROIT DES AVANT-CONTRATS

L'EXECUTION FORCEE DES AVANT-CONTRATS

Damien Grimaud
Maître de conférences à l'Université de Picardie Jules Verne, CEPRISCA

1. Le thème de l'exécution forcée des avant-contrats est de ceux dans lesquels on ne s'engage qu'avec précautions. Le sujet détonne d'emblée par son ampleur. Le panier des avant-contrats, si l'on entend par là l'ensemble des accords relatifs à la négociation ou à la conclusion d'un contrat définitif, est en effet copieusement garni. A supposer que tous ses représentants doivent être ramenés dans le giron de la notion de contrat, il n'en est pas un qui ne puisse être envisagé à travers le prisme de l'exécution forcée ou qui n'ait plus largement à décliner la teneur exacte de ses effets, afin précisément de justifier son appartenance au monde des contrats[1]. Par souci de concision et de prise sur l'actualité, cette contribution sera limitée aux deux contrats préparatoires ou promesses précontractuelles les plus sensibles, mais aussi les plus achevés dans leurs genres respectifs : le pacte de préférence et la promesse unilatérale de contracter.

2. Encore cette délimitation ne met-elle pas à l'abri des désaccords fondamentaux dont certaines balises du thème étudié font l'objet. Le premier concerne la notion d'exécution forcée, qui n'est certainement pas aussi limpide que sa dénomination pourrait le laisser croire. Réalisation de l'obligation, l'exécution constitue, par définition, le processus qui permet de faire passer le droit dans les faits, de faire coïncider ce qui est et ce qui doit être, en d'autres termes, ce qui fait passer l'obligation de la puissance à l'acte[2]. L'exécution forcée en est une forme, celle que marque le sceau de la pathologie, puisque elle est ainsi dénommée par opposition à son antithèse, la tout aussi bien nommée exécution volontaire ou spontanée[3]. Pour autant, on n'a pas tout dit de l'exécution forcée lorsque l'on a précisé que le propre d'une obligation civile est de lui

1 - J. Schmidt-Szalewski, La force obligatoire à l'épreuve des avant-contrats, RTDciv. 2000, p. 25 et s.

2 - Ph. Théry, V° Exécution, *in* D. Alland et S. Rials (sous dir. de), Dictionnaire de la culture juridique, PUF, coll. Quadrige, 2003, p. 678 ; *Adde*, du même auteur, L'exécution forcée *in* Les concepts contractuels français à l'heure du droit européen des contrat (sous dir. de Rémy-Corlay et Fenouillet), Dalloz 2003, p. 235 et s.

3 - Y.-M. Laithier, La prétendue primauté de l'exécution en nature, *in* Exécution du contrat en nature ou par équivalent, n° spécial RDC 2005/1, p. 161 et s. *Adde* J.-P. Gridel et Y.-M. Laithier, Les sanctions civiles de l'inexécution du contrat imputable au débiteur : état des lieux, JCP 2008, éd. G., I, 143.

assurer cet éventuel destin et de placer le créancier en position de faire exécuter l'engagement contracté en recourant à la contrainte juridique[4]. En contrepoint de la distinction de l'exécution volontaire et de l'exécution forcée, il est en effet communément admis que c'est en imitant la première que la seconde se révèle la plus efficace[5]. Mais, davantage que son efficacité, ce mimétisme n'engage-t-il pas l'idée d'exécution elle-même, en tant qu'elle trouve son unité dans le résultat à atteindre : la satisfaction que le créancier attend du contrat ? Sur cette question essentielle se cristallisent d'importantes divergences de vues. Elles sont connues. L'exécution forcée doit-elle se dire au singulier ou au pluriel ? Se décline-t-elle aussi bien en nature que par équivalent ? En d'autres termes, les dommages intérêts sont-ils une forme d'exécution forcée ? Ou bien, au rebours de cette analyse aujourd'hui remise à l'honneur par les détracteurs du concept de responsabilité contractuelle[6], ne sont-ils qu'une remise en état, une réparation[7] ? Sans compter que si, à cette question, une majorité répond que les dommages intérêts remplissent fondamentalement une fonction de réparation, la réparation, elle aussi, se conçoit également en argent ou en nature[8]. Lorsqu'il s'agit d'apprécier la rectitude de la sanction encourue en cas de violation d'une promesse précontractuelle, ce cortège de questions engendre fatalement des flottements. De fait, ceux qui reconnaissent aux dommages intérêts une fonction d'exécution forcée de l'obligation auront peut-être des raisons de s'étonner que, jusqu'à une époque récente, le bénéficiaire d'un pacte de préférence se soit vu refuser, lorsque sa priorité a été bafouée, toute possibilité d'être substitué au tiers acquéreur. Mais ils ne se risqueront pas à avancer que, par cela même, le bénéficiaire n'avait pas droit à l'exécution forcée.

3. Cela étant, ceci n'est peut-être après tout qu'une question de vocabulaire. Aussi, pour rester dans les limites de notre sujet, admettons avec l'opinion dominante que la seule exécution du contrat digne de son nom soit l'exécution en nature, et que partant l'exécution forcée ne puisse se targuer d'être authentique que lorsqu'elle se présente sous cette forme[9], le reste relevant de la réparation. Il faudrait alors pouvoir

4 - A. Bénabent, Les obligations, 10ème éd., Monchrestien, 2005, n° 845 ; Ch. Atias, Précis élémentaire de contentieux contractuel, 3ème éd., PUAM, 2006, n° 8.

5 - Ph. Théry, Rapport introductif : la notion d'exécution, *in* L'exécution, L'Harmattan, 2001, p. 9 ; du même auteur, V° Exécution, *in* Dictionnaire de la culture juridique, *op. cit., loc. cit.*

6 - Ph. Rémy, La responsabilité contractuelle : histoire d'un faux concept, RTDciv. 1997, p. 323 et s. ; Ph. le Tourneau, Droit de la responsabilité et des contrats, Dalloz Action, 2006-2007, n° 812 et s. ; D. Tallon, L'inexécution du contrat : pour une autre présentation, RTDciv. 1994, p. 223 ; P. Rémy-Corlay, art. préc. Sur la responsabilité contractuelle comme mythe, Ch. Atias, Précis élémentaire de contentieux contractuel, 3ème éd., PUAM, 2006, n° 17 et s.

7 - P. Rémy-Corlay, Exécution et réparation : deux concepts distincts ?, *in* Exécution du contrat en nature ou par équivalent, n° spécial RDC 2005/1, p. 13 et s. ; N. Molfessis, Force obligatoire et exécution : un droit à l'exécution en nature ?, *in* Exécution du contrat en nature ou par équivalent, n° spécial RDC 2005/1, p. 37 et s.

8 - G. Cornu (sous dir. de), Vocabulaire juridique H. Capitant, PUF, 2003, V° Réparation et Exécution ; G. Viney et P. Jourdain, Traité de droit civil – Les effets de la responsabilité, 2ème éd., LGDJ, 2001, n° 26 et s.

9 - Comp. M. Fabre-Magnan, Les obligations, PUF, 2003, n° 207.

s'entendre sur le label exact à décerner aux situations dans lesquelles, précisément, l'exécution forcée en nature est refusée au créancier insatisfait, appelé à se contenter de dommages intérêts. Voilà un autre sujet de discorde, qui renvoie cette fois, peu ou prou, à la question du fondement du droit à l'exécution forcée en nature[10]. En France, il est communément admis que le droit du créancier à l'exécution forcée en nature, et corrélativement le primat de cette sanction dans la panoplie des remèdes à l'inexécution[11], seraient tout à la fois une traduction inévitable et une conséquence nécessaire du principe de la force obligatoire du contrat proclamé par l'article 1134 du Code civil[12]. De là ce syllogisme volontiers transposé lorsqu'il s'agit de définir la sanction à laquelle la violation d'une promesse précontractuelle devrait en toute rigueur exposer son auteur : *Par cela même qu'il est obligatoire, le contrat, à défaut d'être spontanément exécuté, est par principe passible d'une exécution forcée en nature; or, les avant-contrats sont des contrats; ce pourquoi refuser au bénéficiaire d'une promesse précontractuelle la possibilité d'obtenir en nature l'avantage qu'il escompte revient à disqualifier le contrat de promesse*[13]. Et pourtant, le postulat qui sous-tend cette analyse ne fait plus l'unanimité. Certains professent aujourd'hui qu'en tant que tel, le principe de la force obligatoire du contrat ne donne pas la couleur de la sanction à mettre en oeuvre en cas de violation, parce que la norme serait une chose et sa sanction une autre[14]. Là encore, le désaccord obscurcit fatalement la perception de la sanction adéquate en cas d'inexécution d'une promesse précontractuelle, et surtout les raisons de décider ce que cette sanction doit être.

4. Mais laissons de côté ces inquiétudes doctrinales peut-être « trop fondamentales pour être sérieusement considérées »[15] et revenons-en au plus tangible : le droit positif. Au risque d'irriter tout ceux que le parfum

10 - Y.-M. Laithier, La prétendue primauté de l'exécution en nature, *in* Exécution du contrat en nature ou par équivalent, n° spécial RDC 2005/1, p. 161 et s.

11 - J. Flour, J.- L. Aubert, E. Savaux, Y. Flour, Les obligations – Volume 3 : Le rapport d'obligation, 4ème éd., Sirey, 2006, n° 151. *Adde* J.-P. Gridel et Y.-M. Laithier, art. préc.

12 - G. Viney, Exécution de l'obligation, faculté de remplacement et réparation en nature en droit français, *in* M. Fontaine et G. Viney (sous dir. de), Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, Etudes de droit comparé, Bruylant, LGDJ, 2001, p. 167 et s. ; N. Molfessis, Force obligatoire et exécution : un droit à l'exécution en nature ?, art. préc., spéc. n° 7 ; v. Lonis-Apokourastos, La primauté contemporaine du droit à l'exécution en nature, Préface J. Mestre, PUAM, 2003.

13 - V. par ex. en ce sens : D. Mazeaud, Exécution des contrats préparatoires, *in* Exécution du contrat en nature ou par équivalent, RDC 2005/1, p. 61 et s., spéc. n° 22, posant clairement la question de savoir si, dès lors qu'elles sont insusceptibles d'exécution forcée en nature, les promesses précontractuelles sont encore de « véritables contrats ».

14 - Y.-M. Laithier, Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat, Préface H. Muir Watt, LGDJ, Tome 419, 2004 ; *Adde*, du même auteur, La prétendue primauté de l'exécution en nature, *in* Exécution du contrat en nature ou par équivalent, n° spécial RDC 2005/1, p. 161 et s. ; comp. F. Bellivier et R. Sefton-Green, Force obligatoire et exécution en nature du contrat en droit français et en droit anglais, *in* Mélanges Ghestin, LGDJ, 2001, p. 106 et s.

15 - L'expression, passée à la postérité sous la plume de Ch. Atias (Epistémologie juridique, Dalloz, 2002, n° 6, p. 5) est empruntée à Ph. Rémy *in* La subrogation du prêteur de deniers dans l'action résolutoire du vendeur d'immeuble, JCP N 1978, I, p. 81, n° 12.

de l'incertitude incommode, il est aujourd'hui difficile à saisir. A la faveur d'un arrêt abondamment commenté, rendu par une chambre mixte de la Cour de cassation le 26 mai 2006[16], sur avis contraire de son avocat général, la question de l'exécution forcée en nature des promesses précontractuelles vient de faire l'objet d'une petite révolution. Aux antipodes de ce qu'elle jugeait jusqu'ici, la Cour de cassation a pour la première fois admis que le bénéficiaire d'un pacte de préférence est en droit d'exiger, dans certaines conditions, sa substitution au tiers acquéreur choisi par le promettant en violation du pacte. Naguère, le bénéficiaire qui, non content de solliciter des dommages intérêts, avait également pris les armes contre la convention passée au mépris de ses droits, ne pouvait espérer davantage qu'une annulation, elle-même considérée comme une simple possibilité pour les juges du fond[17]. Aujourd'hui, le même bénéficiaire est en droit d'obtenir, et l'annulation du contrat passé avec le tiers acquéreur, et sa substitution. Depuis, la troisième chambre civile a accusé réception du message. Par deux arrêts rendus le 31 janvier et le 14 février 2007, tous deux assortis des honneurs d'une publication au Bulletin, elle vient d'emboîter le pas à la chambre mixte et de juger, à son tour, et aux mêmes conditions, que 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[18].

5. A la faveur de ces arrêts, la boucle de l'exécution forcée en nature du pacte de préférence est désormais bouclée et, comme on pouvait s'y attendre, c'est par un concert d'appréciations satisfaites que la doctrine a pris acte de l'avancée. Il est vrai qu'à quelques voix discordantes près[19],

16 - Ch. mixte, 26 mai 2006, Bull. n° 4, p. 13 ; BICC, n° 645 ; rapport de M. Bailly et avis de M. Sarcelet ; D. 2006, jur. p. 1861, notes P.-Y. Gautier et D. Mainguy ; JCP 2006, II, 10142, note L. Leveneur ; Defrénois 2006, p. 1206, obs. E. Savaux ; RDC 2006, p. 1080, obs. D. Mazeaud, p. 1131, obs. F. Collart-Dutilleul ; RLDC 2006, n° 2173, obs. H. Kenfack ; RLDC 2007, n° 35, supplément Février 2007, La responsabilité civile en 2006, obs. Ph. Jacques.

17 - Cass. civ. 4 mai 1957, Bull. civ., I, n° 190, qui énonce que « si les juges du fond appelés à statuer sur la violation d'un pacte de préférence ont la liberté d'accorder le mode de réparation qui leur paraît le plus adéquat au dommage subi, ils ne sauraient cependant autoriser le bénéficiaire du pacte à se substituer purement et simplement au tiers acquéreur dans les droits que celui-ci tient de l'aliénation qui lui est faite par le promettant ». Dans le même sens : Cass. com. 27 mars 1986 : RTDciv. 1987, p. 88 ; Cass. 3ème civ. 30 avril 1997, Bull. civ. III, n° 96 ; D. 1997, p. 475, note D. Mazeaud ; JCP 1997, II, 22963, note B. Thuillier ; Defrénois 1997, p. 1007, note Ph. Delebecque ; RTDciv. 1997, p. 673, obs. J. Mestre, et p. 685, obs. P.-Y. Gautier ; Ch. Atias, La substitution judiciaire du bénéficiaire d'un pacte de préférence à l'acquéreur de mauvaise foi, D. 1997, chron. p. 203. Cass. 3ème civ. 24 mars 1999, Bull. civ. III, n° 80 ; RTDciv. 1999, p. 616, obs. J. Mestre, p. 627, obs. P. Jourdain, p. 643, obs. P.-Y. Gautier ; Cass. 1ère civ. 10 juillet 2002, Bull. civ., I, n° 192 ; RTDciv. 2003, p. 107, obs. P.-Y. Gautier. Comp. Cass. com. 7 mars 1989, Bull. civ., IV, n° 79 ; D. 1989, jurip. p. 231, concl. Jéol et note Y. Reinhart ; RTDciv. 1990, p. 71, obs. J. Mestre ; JCP E 1989, I, 15517, n° 1, obs. A. Viandier, dans lequel une amorce d'évolution avait été détectée par certains, à partir d'une interprétation *a contrario*.

18 - Cass. 3ème civ. 31 janvier 2007, Bull. civ. III, n°16 ; RJDA 2007n° 597 ; Cass. 3ème civ. 14 février 2007, Bull. civ. III, n°25 ; RDC 2007, p. 201, obs. D. Mazeaud ; RTDcom. 2007, p. 366, n°1, obs. P.-Y. Gautier ; RTDciv. 2007, p. 768, n°1, obs. J. Mestre et B. Fages.

19 - G. Mainguy, L'efficacité de la rétractation de la promesse de contracter, RTDciv. 2004, p. 1 et s. *Adde*, du même auteur, La violation du pacte de préférence, *in* Le pacte de préférence : liberté ou contrainte, Droit et patrimoine 2006, p. 72 et s.

la position de la Cour de cassation était sévèrement critiquée. La lecture du rapport particulièrement documenté du conseiller Bailly démontre à l'envi que la critique doctrinale et les inquiétudes exprimées par la pratique notariale[20] ont été entendues. Révolution donc, mais petite révolution seulement, ceci pour trois raisons, auxquelles le lecteur de l'arrêt du 26 mai 2006 et des deux autres qui l'ont suivi se trouve immédiatement confronté, avant même d'en entreprendre l'exégèse.

6. La première procède de la portée limitée qu'impose nécessairement leur objet. Rendus à propos du pacte de préférence, ces arrêts, à les prendre à la lettre, n'engagent que cet avant- contrat, seul à récolter les fruits de ce rappel à l'ordre de sa force obligatoire. La deuxième raison tient aux conditions placées à la substitution qui, à bien y réfléchir, jettent un certain doute sur le contenu exact de la marchandise et conduisent à se demander, chemin faisant, si c'est bel et bien d'exécution forcée en nature qu'il s'agit. Quant à la troisième raison, elle se nourrit de la motivation de ces arrêts. Sa concision ne peut que laisser sur sa faim qui s'est plongé dans la littérature très abondante que la question de l'exécution forcée des avant- contrats a suscitée au cours de la dernière décennie. La Cour de cassation a beau admettre que, dans certaines circonstances, la nullité du contrat conclu en violation du pacte de préférence doublée d'une substitution du bénéficiaire à l'acquéreur est désormais de mise, rien ne filtre sur les raisons ou le fondement de la solution. Comme trop souvent, le raisonnement doit être reconstitué. En l'occurrence, c'est presque une gageure.

7. Disons donc d'emblée les choses. Si toute prédiction doctrinale pertinente repose sur une anticipation de ce qui est déjà dans la situation présente[21], alors il est difficile de prédire ce à quoi ces arrêts engagent exactement une fois passées les frontières du pacte de préférence. Ce petit pas opéré par l'exécution forcée en nature dans le périmètre du pacte de préférence annonce-t-il un grand saut, dans le domaine voisin des promesses unilatérales de vente ? Chacun sait le désarroi provoqué chez la plupart par le célèbre arrêt *Godard*, rendu le 15 décembre 1993 par la Troisième chambre civile de la Cour de cassation[22]. Arrêt qui, en son temps, fut qualifié d'explosif et aux effets déstabilisateurs[23], et pour

20 - B. Nuytten, L'exécution des contrats préparatoires à la vente d'immeuble, *in* Exécution du contrat en nature ou par équivalent, n° spécial RDC 2005/1, p. 75 et s.

21 - N. Molfessis, Les prédictions doctrinales, *in* L'avenir du droit – Mélanges François Terré, Dalloz, 1999, p. 141 et s. , spéc. n° 29.

22 - Cass. 3ème civ. 15 décembre 1993, Bull. civ. III, n° 174 ; D. 1994, somm., p. 507, obs. F. Benac-Schmidt ; D. 1995, somm., p. 87, obs. L. Aynès et p. 230, obs. O. Tournafond ; Defrénois 1994, p. 795, obs. Ph. Delebecque ; JCP 1995, II, 22366, note D. Mazeaud ; RTDciv. 1994, p. 588, obs. J. Mestre ; JCP N 1995, I., p. 194, note A. Terrasson de Fougères. Dans le même sens : Cass. 3ème civ. 26 juin 1996, D. 1997, somm., p. 169, obs. D. Mazeaud. Pour une interprétation sensiblement plus nuancée et moins critique de ces arrêts : I. Najjar, La rétractation d'une promesse unilatérale, D. 1997, chron., p. 119.

23 - D. R. Martin, Des promesses précontractuelles, *in* Droit et actualité – Etudes offertes à J. Béguin, Litec, 2005, p. 487 et s.

cause : il consacrait la révocabilité de la promesse de vente avant la levée de l'option du bénéficiaire. C'est donc, désormais, vers la promesse unilatérale de vente que les regards se tournent : que l'exécution forcée en nature du pacte de préférence soit désormais de rigueur, à certaines conditions, peut-il contribuer, et de quelle façon, à provoquer une autre évolution, également espérée, sur ce terrain voisin ? A défaut de prédiction assurée, formulons au moins ce souhait : que ce printemps du pacte de préférence, dont il convient d'abord de bien saisir toutes les nuances (section I), fasse aussi les beaux jours de la promesse unilatérale de vente (section II).

Section I - Le printemps du pacte de préférence

8. Printemps du pacte de préférence ? En l'occurrence, la métaphore traduit assez bien, si l'on envisage la question sous l'angle des droits de son bénéficiaire, la relative embellie dont sa condition fait l'objet au sortir de l'arrêt du 26 mai 2006. Que nous apprend cet arrêt en substance ? Que lorsque un tiers a acquis un bien en connaissance de l'existence d'un pacte de préférence et de la volonté de son bénéficiaire de s'en prévaloir, celui-ci est en droit d'exiger l'annulation du contrat passé en méconnaissance de ses droits et sa substitution à l'acquéreur. Jusqu'alors, on peut dire, en paraphrasant un auteur, qu'au regard de son inexécution par le promettant, le pacte de préférence avait pratiquement tout expérimenté[24]. Tout, sauf finalement ce que le bénéficiaire était venu y chercher : devenir propriétaire du bien objet du pacte, par simple acquiescement donné aux conditions, financières notamment, arrêtées par le promettant une fois prise sa décision de vendre. Dans cette vue, partisans et adversaires du refus catégorique que la Cour de cassation opposait alors à la substitution avaient au moins en commun de reconnaître que cette solution, en cas de vente à un tiers, constituait la sanction la plus efficace de la violation du pacte de préférence. Ce à quoi il était de bon ton d'ajouter qu'en cas de violation stratégique ou lucrative, la morale y trouvait elle aussi son compte. Restait alors à justifier l'essentiel, c'est-à-dire à définir le fondement de la substitution du bénéficiaire au tiers acquéreur (§ 1), ainsi que ses conditions (§ 2).

§ 1 : Le fondement de la substitution du bénéficiaire au tiers acquéreur

9. Pour reconstituer la trajectoire permettant d'assurer un tel débouché au bénéficiaire évincé, les partisans de la substitution suggéraient essentiellement deux analyses. Pour certains, cette substitution pouvait s'appuyer sur la possibilité incontestable de contraindre le promettant

24 - F. Collart-Dutilleul, obs. préc. sous ch. mixte 26 mai 2006.

défaillant à délivrer, en nature, ce qu'il avait promis au bénéficiaire. Etayé par une analyse de la nature de l'engagement du promettant, l'argument, grossièrement résumé, était alors le suivant. Que l'on découvre, dans cet engagement, une obligation de faire – donner la priorité au bénéficiaire en cas de vente[25], ou une obligation de ne pas faire – ne pas vendre à un tiers[26] – il n'en est pas une qui eût été rebelle à l'exécution forcée en nature. En effet, « tous les civilistes savent depuis des décennies que les obligations de faire ou de ne pas faire présentant un caractère personnel sont seules soumises à la règle de l'article 1142 »[27]. Or, on ne comprenait pas bien quelle contrainte inacceptable la substitution du bénéficiaire au tiers acquéreur aurait imposé au promettant qui, par hypothèse, avait déjà consenti à la vente en concluant avec un tiers. A cet argument imparable en soi, on pouvait toutefois reprocher, dans sa transposition au pacte de préférence, d'entretenir une illusion d'optique, provoquée par le reflet de la promesse unilatérale de vente. En effet, comment le bénéficiaire pouvait-il être positivement substitué au tiers acquéreur, là où le promettant n'avait jamais pris l'engagement positif de lui vendre[28] ?

10. C'est pour surmonter cette objection qu'une seconde analyse, plus audacieuse, mais aussi plus acrobatique que la première, a été proposée. Sous les plumes expertes de Messieurs D. Mazeaud et D. R. Martin, l'idée a fini par s'imposer que l'exécution directe de la vente, en cas de fraude, n'aurait ni plus ni moins constitué qu'un rappel du promettant à l'ordre du principe de la force obligatoire du pacte de préférence, et ceci sans qu'il fut nécessaire d'en passer, pour l'admettre, par une analyse des obligations de ce dernier [29]. Dans cette optique, il aurait suffit de constater, d'une part, qu'à la faveur du pacte, le promettant, abdiquant sa liberté de choisir son cocontractant, avait définitivement donné son consentement au contrat encore éventuel avec le bénéficiaire, d'autre part, que la décision de vendre à des conditions déterminées ayant été prise, tous les éléments du contrat futur étaient rassemblés, à partir du moment où le bénéficiaire avait à son tour manifesté son intention d'acquérir.

---

25 - P. Voirin, Le pacte de préférence, JCP 1954, I, 1192 ; M. Dagot, Le pacte de préférence, Litec, 1988, n° 877 ; Ph. Malaurie, L. Aynès, P.-Y. Gautier, Les contrats spéciaux, 2ème éd., Defrénois, 2005, n° 145 ; F. Collart-Dutilleul et Ph. Delebecque, Contrats civils et commerciaux, 7ème éd., Dalloz, 2004, n° 67.

26 - P. Puig, Contrats spéciaux, Hyper Cours Dalloz, 2005, n° 134 ; A. Bénabent, Les contrats spéciaux civils et commerciaux, 7ème éd. Monchrestien, 2005, n° 66.

27 - Ch. Atias, La substitution judiciaire du bénéficiaire d'un pacte de préférence à l'acquéreur de mauvaise foi, D. 1997, chron. p. 203.

28 - N. Molfessis, Force obligatoire et exécution *:* un droit à l'exécution en nature *?*, *in* Exécution du contrat en nature ou par équivalent, n° spécial RDC 2005/1, p. 37 et s.

29 - D. Mazeaud, Exécution des contrats préparatoires, *in* Exécution du contrat en nature ou par équivalent, RDC 2005/1, p. 61 et s. , spéc. n° 7 et s. ; D R. Martin, Des promesses précontractuelles, *in* Droit et actualité – Etudes offertes à J. Béguin, Litec, 2005, p. 487 et s.

11. Deux raisonnements concurrents, et il faut bien l'avouer, deux raisonnements assez éloignés, se sont ainsi succédés pour faire cesser la résistance de la jurisprudence à l'exécution forcée du pacte de préférence. L'un et l'autre avaient néanmoins en commun de disqualifier la référence faite par la Cour de cassation à l'article 1142 du Code civil, tantôt parce que sa vraie portée, ou plutôt ce qu'il en restait, lui aurait permis de s'accommoder d'une substitution du bénéficiaire, tantôt parce que ce texte n'aurait pas eu voix au chapitre. A ne considérer les choses que sous cet aspect, on peut dire que la critique a porté ses fruits. S'il y a bien, en effet, une leçon claire à tirer de l'arrêt du 26 mai 2006, et plus encore de celui du 14 février 2007, c'est que la Cour de cassation n'entend plus fonder sur l'article 1142 une quelconque impossibilité de contraindre le débiteur à s'exécuter en nature après que son contrat avec le tiers a été anéanti.

12. Sur ce point, la rupture clairement annoncée par la Chambre mixte est désormais franchement consommée. Lorsque, aux termes de son arrêt du 14 février 2007, la Troisième chambre civile rappelle que 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 pour écarter l'une des branches du moyen, celle qui justement faisait valoir que, constitutive d'un manquement à une obligation de faire, la méconnaissance d'un droit de préférence se résout en dommage intérêts. Par-delà cette mise à l'index de l'article 1142, les motifs de ces deux arrêts délivrent, en creux, un deuxième message. Le bénéficiaire, nous dit la Cour de cassation, est en droit d'obtenir, outre la nullité de la vente, sa substitution. C'est bien, par cela même, dans une logique d'exécution forcée en nature du pacte de préférence que ces arrêts invitent à se placer, et non dans une logique de réparation, qui aurait laissé au juge la liberté de choisir la mesure la plus adéquate. Désormais, à supposer que le bénéficiaire l'exige, la nullité, doublée d'une substitution, ne paraît pas pouvoir lui être refusée. Certains déploreront sans doute que, desservies par cette rigidité, l'analyse économique du droit, et pour ne citer qu'elle, la théorie de la violation efficace, peinent à se faire entendre[30]. Ce à quoi l'on peut rétorquer qu'il ne faut pas confondre l'utile et le juste[31], mais c'est un autre débat[32].

30 - Sur fond d'utilitarisme, l'idée qui voudrait que le maintien du contrat ne puisse être imposé à une partie dès lors que ses intérêts économiques n'y trouvent plus leur compte a séduit un certain nombre d'auteurs. Par ex., D. Mainguy, L'efficacité de la rétractation de la promesse de contracter, RTDciv. 2004, p. 1 et s., spéc. n° 29 ; B. Rudden et P. Juilhard, La théorie de la violation efficace, RID comp. 1986, p. 1015 et s. ; F. Bellivier et R. Sefton-Green, Force obligatoire et exécution en nature du contrat en droit français et en droit anglais, *in* Mélanges Ghestin, LGDJ, 2001, p. 106 et s. ; Y. -M. Laithier, Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat, *op. cit.*; *Adde*, du même auteur, La prétendue primauté de l'exécution en nature, *in* Exécution du contrat en nature ou par équivalent, n° spécial RDC 2005/1, p. 161 et s. ; J.-P. Gridel et Y.-M. Laithier, art. préc.

31 - M. Villey, Philosophie du droit, Préface F. Terré, rééd. Dalloz, 2001, n° 86 et s. Préface historique à l'étude des notions de contrat, *APD*, Tome XIII, Sirey, 1968, p. 1 et s. ; F. Terré, L'inutile et l'injuste, *in* Le contrat au début du XXI[ème] siècle, Etudes offertes à J. Ghestin, LGDJ, 2001, p. 866 et s.

32 - Pour une critique argumentée de l'analyse économique du droit et sur ses impasses, cf. F. Descorps-Declère, Pour une obligation d'adaptation des accords de coopération – Contribution à l'étude du contrat évolutif, Thèse Paris I, 2000, p. 31 à 65, n° 35 à 87.

§ 2 : Les conditions de la substitution

13. Alors que la possibilité offerte au bénéficiaire évincé d'obtenir la nullité de la vente consentie à un tiers doublée d'une substitution était clairement consacrée, il n'a échappé à personne que, tout en saluant cette avancée, ceux qui l'appelaient depuis longtemps de leurs vœux avaient eu la victoire bien modeste. L'attestent les intitulés éloquents placés en exergue des commentaires de l'arrêt du 26 mai 2006. On y trouve évoqués, pêle-mêle, « la possibilité théorique d'une substitution »[33], une « victoire à la Pyrrhus »[34], « un premier pas dans la restauration de la force obligatoire des avant-contrats »[35], un « demi-revirement de jurisprudence »[36], et dans des termes cette fois plus inquiétants, un « entre retour à l'ordre et nouveau désordre »[37]. A l'origine de ces nuances se trouvent les conditions particulièrement exigeantes que la Cour de cassation place à la substitution. Pour qu'une telle voie fût offerte au bénéficiaire, il est en effet nécessaire que ce dernier démontre que le tiers acquéreur avait eu connaissance, tout à la fois, « lorsqu'il a contracté, de l'existence du pacte de préférence et de l'intention de son bénéficiaire de s'en prévaloir ».

14. Aujourd'hui comme hier, mais en raison cette fois des exigences de preuve drastiques imposées au bénéficiaire sollicitant sa substitution au tiers acquéreur, il semble donc que les perspectives de satisfaction qui lui sont ouvertes soient bien théoriques. L'antienne est en effet connue. Non seulement aucune technique ne permet actuellement de garantir la connaissance du pacte par les tiers, y compris lorsque des biens immobiliers sont en jeux. Mais il se trouve, de surcroît, que quand bien même cette première exigence serait remplie, le bénéficiaire aura encore à démontrer que le tiers acquéreur savait qu'il entendait se prévaloir de son droit. Or, le plus souvent, le bénéficiaire n'aura tout simplement pas eu vent de la décision de vendre du promettant. Cette condition revient au bout du compte à exiger l'impossible, sauf concours de circonstances[38]. On se rassurera avec l'arrêt rendu par la Troisième chambre civile le 14 février 2007[39], qui donne une illustration de ce que pourrait être ce concours de circonstances. Dans cette affaire, la Cour de cassation approuve une cour d'appel d'avoir déclaré un pacte de préférence opposable au tiers acquéreur d'un immeuble après

33 - L. Leveneur, note préc. sous Cass. ch. mixte 26 mai 2006.

34 - P.-Y. Gautier, note préc. sous Cass. ch. mixte 26 mai 2006.

35 - D. Mazeaud, note préc. sous Cass. ch. mixte 26 mai 2006.

36 - E. Savaux, note préc. sous Cass. ch. mixte, 26 mai 2006.

37 - F. Collart-Dutilleul, note préc. sous Cass. ch. mixte 26 mai 2006.

38 - P.-Y. Gautier, note préc. sous Cass. ch. mixte 26 mai 2006.

39 - Cass. 3ème civ. 14 février 2007, Bull. civ. III, n° 25 ; RDC 2007, p. 701, obs. D. Mazeaud ; RTDcom. 2007, p. 366, n° 1, obs. P.-Y. Gautier ; RTDciv. 2007, p. 768, n° 1, obs. J. Mestre et B. Fages.

avoir constaté que celui-ci, auquel avait été communiqué un exemplaire du contrat de bail portant mention du pacte de préférence consenti au preneur, avait aussi été avisé, par l'acte de vente notarié, d'un litige opposant le promettant et le bénéficiaire du pacte, au cours duquel le bénéficiaire avait exprimé sa volonté d'acquérir.

15. On n'ira certes pas, comme certains l'ont fait, jusqu'à affirmer que rien n'a véritablement changé, ou que cette remise à l'honneur de la force obligatoire du pacte de préférence serait purement formelle, sous prétexte que la substitution obéit à des conditions renvoyant à la personne d'un tiers, ce qui peut évidemment troubler, à envisager les choses sous l'angle des effets obligatoires du pacte de préférence... entre les parties[40]. Il n'en reste pas moins que la symphonie est inachevée. La logique de l'exécution forcée du pacte de préférence gagnerait à être poussée jusqu'à son terme, et la remarque concerne autant la forme que le fond.

16. Sur le plan formel, plutôt que par une substitution énigmatique du bénéficiaire dans un contrat de vente que son annulation a par hypothèse fait disparaître, il serait somme toute plus logique que cette substitution s'entende de la possibilité offerte au bénéficiaire de se saisir de l'offre émise par le promettant en direction du tiers de mauvaise foi, après que son acceptation lui ait été déclarée inopposable ou annulée. Substitution donc, non pas dans un contrat annulé, ce qui n'a aucun sens[41], ni même dans un contrat déclaré inopposable au bénéficiaire[42]. Mais substitution dans la position de destinataire de l'offre adressée par le promettant au tiers acquéreur, et donc dans le pouvoir de l'accepter. Techniquement, pareille analyse aurait le mérite de respecter la nature de la notion de substitution de personne qui, ici comme ailleurs, correspondrait fondamentalement à une opération attributive[43].

40 - Ph. Jacques, obs. sous Cass. ch. mixte 26 mai 2006 *in* La responsabilité civile en 2006, RLDC 2007, n° 35, supplément Février 2007.

41 - Comp. F. Collart-Dutilleul, obs. sous Cass. ch. mixte 26 mai 2006 : RDC 2006/4, p. 1131 et s., qui relève, selon nous à juste titre : « Si le contrat de vente conclu au profit du tiers acquéreur est annulé, comment le bénéficiaire du pacte peut-il lui être substitué ? Comment peut-on substituer une personne à un cocontractant dans un contrat qui a rétroactivement disparu ? ».

42 - Ainsi que le préconise l'article 1106-1, alinéa 3, de l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription. Aux termes de cette disposition, relative au pacte de préférence, « le contrat conclu avec un tiers est inopposable au bénéficiaire de la préférence, sous réserve des règles assurant la protection des tiers de bonne foi ».

43 - Sur la substitution de cocontractant, entendue comme opération ayant pour objet d'introduire le cocontractant substitué dans la relation contractuelle initiale et de reporter sur sa personne tous les effets prévus de cette dernière, ce qui inclut, le cas échéant, ses effets translatifs, cf. notamment J. Flour, J.L. Aubert, E. Savaux, Y. Flour, Les obligations – Vol. 3 : Le rapport d'obligation, 4ème éd., Sirey, 2006, n° 396. G. Pillet, La substitution de contractant à la formation du contrat, Préface P. Jourdain, LGDJ, Bilbl. Institut A. Tunc, Tome 1, 2004 E. Jeuland, Essai sur la substitution de personne dans un rapport d'obligation, Préface L. Cadiet, LGDJ, 1997. *Adde*, du même auteur, Proposition de distinction entre la cession de contrat et la substitution de personne, D. 1998, chron. p. 356 I. Najjar, Clause de substitution et position contractuelle, D. 2000, chron. 635 ; D.R. Martin, Le changement de cocontractant, D. 2001, chron. p. 3144.

17. Sur le fond, la simple connaissance du pacte de préférence par le tiers acquéreur devrait suffire à le constituer de mauvaise foi. En effet, imposer au bénéficiaire de démontrer que celui qui a contribué à rendre l'exécution du pacte de préférence impossible connaissait son intention de se prévaloir de son droit ne revient-il pas à exiger d'un créancier sollicitant l'exécution forcée du contrat qu'il démontre son intérêt à réclamer cette exécution ?[44] Rien, dans le droit commun des contrats, ne justifie une telle exigence. Ce à quoi s'ajoute que, dans les rapports du bénéficiaire et du tiers de mauvaise foi, la substitution, par hypothèse, ne peut pas être une exécution forcée : elle a pour fonction de réparer en nature le préjudice d'éviction causé au bénéficiaire avec la complicité du tiers acquéreur. Or, on ne sache pas que la tierce complicité dans la violation d'une obligation contractuelle ait jamais exigé, de la part du tiers complice, autre chose que la simple connaissance du contrat à la violation duquel il a prêté son concours[45].

18. On s'en aperçoit, le printemps du pacte de préférence est à prendre au sens étymologique de l'expression : *primus tempus*, un premier temps marquant son entrée dans le monde des contrats nantis d'une force obligatoire digne de ce nom. Ce qui ne dissuade pas pour autant de réfléchir aux incidences de ses récentes évolutions sur le terrain voisin des promesses unilatérales de vente.

Section II - De beaux jours pour la promesse unilatérale de vente ?

19. La rupture annoncée par l'arrêt du 26 mai 2006 et clairement consommée depuis quant à la possibilité théorique d'une exécution forcée en nature du pacte de préférence engage-t-elle, au delà du pacte de préférence, cet autre représentant emblématique de la famille des avant- contrats qu'est la promesse unilatérale de vente ? Si, à l'image du pacte de préférence, cette dernière se distingue du contrat de vente dont elle prépare et précède la conclusion, elle n'en est pas moins présentée, traditionnellement, comme une authentique convention qui, sous couvert d'un engagement de vendre, scelle d'ores et déjà le consentement du promettant à la vente. Dans la logique de cette analyse, la conclusion du contrat définitif ne devrait dépendre que du bon vouloir du bénéficiaire. Figé jusqu'à l'expiration du délai, le consentement du promettant, lui, ne saurait être rétracté[46], sauf à oublier que, d'après l'ar-

44 - Ch. Atias, La substitution judiciaire du bénéficiaire d'un pacte e préférence à l'acquéreur de mauvaise foi, D. 1997, chron. p. 203

45 - J. Flour, J.L. Aubert, E. Savaux, Les obligations – Vol. 1 : L'acte juridique, 11ème éd., Armand Colin, 2004, n° 434 ; F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Les obligations, 9ème éd., Dalloz, 2006, n° 494.

46 - F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Les obligations, 9ème éd., Dalloz, 2006, n° 192 ; A. Bénabent, Contrats civils et commerciaux, 7ème éd., Monchrestien, 2006, n° 96-1 ; Ph. Malaurie, L. Aynès, P.-Y. Gautier, Les contrats spéciaux, 2ème éd., Defrénois, 2006, n° 120 ; J. Flour, J.L. Aubert, E. Savaux, Les obligations - Vol. 1 : L'acte juridique, 11ème éd., Armand Colin, 2004, n° 149 ; P. Puig, Contrats spéciaux, Hyper-Cours Dalloz, 2005, n° 181.

ticle 1134 alinéa 2 du Code civil, les conventions légalement formées ne peuvent être unilatéralement révoquées. En admettant, depuis bientôt quinze ans, l'efficacité de la rétractation unilatérale de la promesse par le promettant aussi longtemps que l'option consentie au bénéficiaire n'a pas été levée, la Cour de cassation paraît résolue à maintenir, contre vents et marées, une solution qui, aux yeux du plus grand nombre, apparaît comme une anomalie. Cette anomalie résistera-t-elle au « petit événement » que constitue l'arrêt du 26 mai 2006 ? Avant d'engager cette prospective et de risquer un quelconque pronostic sur l'effet de contagion que l'on pourrait légitimement en attendre (§ 1), il convient de s'entendre sur les termes de la question (§ 2).

§ 1 : Position de la question

20. Le célèbre arrêt *Godard*, rendu le 15 décembre 1993 sur la question de la sanction encourue par le promettant en cas de rétractation de la promesse avant l'expiration du délai d'exercice de l'option, est encore dans toutes les mémoires. Par cet arrêt, la Cour de cassation, approuvant une Cour d'appel d'avoir débouté le bénéficiaire de sa demande de réalisation forcée de la vente, a jugé, d'une part, que tant que le bénéficiaire n'a pas déclaré acquérir, l'obligation du promettant ne constitue qu'une obligation de faire, d'autre part, que la levée de l'option, postérieure à la rétractation du promettant, exclut toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquérir. Sur un plan strictement formel, la rigueur du raisonnement n'était pas discutable. Mais encore fallait-il en accepter les prémisses, et en particulier la suivante : dans l'intervalle séparant sa conclusion et l'éventuelle levée de l'option, la promesse unilatérale de vente n'engendrerait qu'une obligation de faire rebelle à toute exécution forcée en nature. Or, tout est contestable dans cette analyse : non seulement la manière de présenter le problème, qui voudrait que l'on raisonne en sondant la nature de l'obligation du promettant ; mais aussi, quand bien même on accepterait de poser la question en ces termes, la solution elle-même, qui dénote une lecture anachronique de l'article 1142 du Code civil. Toutes ces critiques sont trop connues pour qu'il soit ici utile d'y revenir. Elles ont redoublé après que la Cour de cassation ait persisté[47] dans cette position qualifiée par certains de « calamiteuse »[48] , tandis que deux tentatives remarquées[49] pour la défendre allaient bientôt faire rebondir le débat doctrinal sans emporter toutefois l'assentiment du plus grand nombre.

47 - Cass. 3ème civ. 26 juin 1996, Bull. civ. III, n° 165 ; D. 1997, somm. comm. p. 169 et Defrénois 1996, p. 1371, obs. D. Mazeaud ; Cass. 3ème civ. 28 octobre 2003 : RDC 2004, p. 270, obs. D. Mazeaud.

48 - Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, Les obligations, 2ème éd., Defrénois, 2005, n° 443. F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Les obligations, 9ème éd., Dalloz, 2005, n° 192.

49 - M. Fabre-Magnan, Le mythe de l'obligation de donner, RTDciv. 1995, p. 85 et s. ; *Adde*, du même auteur, Les obligations, PUF, 2004, p. 219. D. Mainguy, L'efficacité de la rétractation de la promesse de contracter, RTDciv. 2004, p. 1 et s. ; La violation du pacte de préférence, Droit et patrimoine janvier 2006, p. 72 et s.

21. Parce qu'il s'agit de raisonner par analogie, créditer l'arrêt du 26 mai 2006 de quelque incidence sur le terrain voisin des promesses unilatérales de vente présuppose que puisse être établie une passerelle entre cet avant-contrat et le pacte de préférence sous le rapport de leur inexécution par le promettant. De prime abord, la chose n'est pas évidente. Non pas tant qu'il s'agisse de deux avant-contrats distincts – ce que personne ne conteste – mais parce que les hypothèses d'inexécution considérées suscitent des questions sensiblement différentes. En effet, alors que l'arrêt du 26 mai 2006 fait justice de la question de la sanction encourue en cas de vente à un tiers du bien objet du pacte de préférence, la jurisprudence *Godard,* elle, concerne la rétractation pure et simple de la promesse de vente avant la levée de l'option. Certes, on se rendra sans hésiter à l'argument *a fortiori*[50] formulé par M. Leveneur dans sa note sous l'arrêt du 26 mai 2006. Si la réalisation forcée est possible dans une hypothèse, celle du pacte de préférence, où le débiteur de l'engagement n'a fait que promettre sa préférence, elle devrait l'être aussi, *a fortiori,* lorsque ce débiteur a véritablement promis de vendre au bénéficiaire si celui-ci lève l'option[51]. Il serait tout à fait incohérent d'ouvrir la substitution à celui qui ne dispose que d'une priorité contractuelle et de la lui refuser, là où le débiteur de la promesse a d'ores et déjà consenti au contrat définitif. Mais, à bien y réfléchir, cette remarque justifie seulement que l'on traite à l'identique la violation d'un pacte de préférence et celle d'une promesse unilatérale de vente lorsque leur inexécution est consommée par la vente à un tiers. Or, de substitution du bénéficiaire au tiers acquéreur il ne saurait être par hypothèse question en cas de rétractation pure et simple d'une promesse de vente. Quelque souhaitable qu'il soit, l'effet de contagion de l'arrêt du 26 mai 2006 sur la possibilité pour le bénéficiaire d'une promesse rétractée d'obtenir l'exécution forcée de la vente ne coule donc pas de source, et il serait exagéré d'affirmer que, sur ce point, « *la suite est déjà dans le précédent* ». Cet effet de contagion peut tout au plus être pronostiqué en trois temps.

§ 2 : Prospective

22. Les arrêts rendus sur le pacte de préférence, et en particulier celui du 14 février dernier, attestent un changement de lecture de l'article 1142 du Code civil, qui n'est plus érigé en obstacle à l'exécution forcée en nature. Or, à supposer que ce texte ait bien son mot à dire lorsqu'il s'agit de sanctionner une rétractation, ce qui vaut pour le pacte de préférence devrait aussi valoir pour la promesse de vente. On ne comprendrait pas, en effet, que l'obligation qui naît d'un pacte de préférence - donner la priorité au bénéficiaire en cas de vente - soit susceptible d'être mise en force et que,

50 - Le raisonnement *a fortiori* est une analogie fondée sur une idée de hiérarchie. « Dès lors que l'on a découvert le principe, la raison de la règle, et si cette raison se retrouve encore plus marquée dans la situation non encore réglée, alors à plus forte raison la règle doit être étendue à ce cas ». Comme l'écrit Mme Izorche, il s'agit donc « d'induire la raison de la règle du cas observé, pour déduire de la plus forte raison présentée par le cas non réglé la nécessaire application de la règle à ce cas ». Cf. M-L. Izorche, Le raisonnement juridique, PUF, 2001, p. 415-416.

51 - L. Leveneur, note préc. sous Cass. ch. mixte 26 mai 2006.

dans le même temps, *l'inexécution d'une obligation de tenir le bien à disposition possible du bénéficiaire* – car tel est bien ce à quoi engage une promesse de vente[52] - ne puisse donner lieu qu'à des dommages intérêts.

23. Le deuxième point permettant d'étayer ce pronostic de contagion engage la question de l'efficacité de la rétractation de la promesse à l'état pur : il serait tout de même étrange que le bénéficiaire puisse obtenir, en cas de rétractation tacite consommée par la vente à un tiers, la nullité de cette vente et sa substitution, et qu'il n'ait droit qu'à des dommages intérêts en cas de rétractation pure et simple. L'article 1134 alinéa 2 du Code civil, qui ne trouve pas son compte dans le premier cas, le trouve encore moins dans le second. La troisième raison, enfin, procède des sources d'inspiration de l'arrêt du 26 mai 2006. Comme le révèle le rapport du Conseiller Bailly, la Cour de cassation s'est inspirée des dispositions de l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription. Si la question de l'efficacité de la rétractation d'une promesse unilatérale devait un jour être re-débattue *Quai de l'Horloge*, ce texte de droit savant pourrait encore constituer une ressource et inspirer un revirement. Dans son article 1106-alinéa 2, il prévoit en effet que « la rétractation du promettant pendant le temps laissé au bénéficiaire pour exprimer son consentement ne peut empêcher la formation du contrat du contrat promis ». Puis il ajoute, dans son troisième alinéa, que « le contrat conclu avec un tiers est inopposable au bénéficiaire de la promesse, sous réserve des effets attachés aux règles assurant la protection des tiers de bonne foi ».

24. Dans son « Traité de l'efficacité », le philosophe et sinologue français François Jullien enseigne que, pour la pensée chinoise classique, l'efficacité est l'art d'œuvrer pour la propension, c'est-à-dire pour la vocation des choses à suivre leur disposition, en exploitant le « potentiel de situation », et que le déclenchement de ce potentiel est précisément ce par quoi se définit une occasion[53]. En guise de conclusion, on serait tenté de transposer ces préceptes et de penser, toutes proportions gardées, que les récentes évolutions du pacte de préférence constituent un « potentiel de situation » pour les bénéficiaires de promesses unilatérales de vente en quête de sécurité. Gageons qu'ils sauront l'exploiter pour asseoir leur accès à l'exécution forcée. La Cour de cassatiojn paraît disposée à ne pas les décevoir[54].

---

52 - Comp. G. Pignarre, A la redécouverte de l'obligation de *praestare*, RTDciv. 2001, p. 41 et s.

53 - F. Traité de l'efficacité, Grasset, 2001 ; *Adde*, du même auteur, Conférence sur l'efficacité, PUF, 2005.

54 - Cass. 3ème civ. 27 mars 2008, pourvoi n° 07-11721, *in* L'essentiel – Droit des contrats, n° 1, juin 2008, obs. G. Pillet. Rendu dans une affaire comparable à celle de l'arrêt Godart, puisque s'y posait la question de la sanction de la rétractation pure et simple d'une promesse unilatérale de vente, cet arrêt, somme toute discret car il n'est pas destiné à être publié, approuve une cour d'appel (CA Paris, 2ème ch. Sect. B, 26 octobre 2006, SAS Brioni France RDC 2007, p. 795, obs. F. Collart-Dutilleul) qui, « ayant retenu que si les parties à une promesse unilatérale de vente étaient libres de convenir que le défaut exécution par le promettant de son engagement de vendre pourrait se résoudre en nature par la constatation judiciaire de la vente », la promesse ne prévoyait pas que l'inexécution par le promettant 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 », en a « exactement déduit » que le bénéficiaire « n'était pas fondé à prétendre à une exécution en nature » et que le promettant « devait réparer le dommage que l'inexécution de son obligation de vendre avait pu causer (...) ». En faisant siens les motifs des juges du fond, exempts selon elle de toute dénaturation des termes de la promesse litigieuse, la Cour de cassation reconnaît aux parties la possibilité de déroger, conventionnellement, à l'article 1142 du Code civil, par une clause imposant au promettant, le cas échéant, une exécution forcée en nature.

LA DISTINCTION ENTRE « INTERET POSITIF » ET « INTERET NEGATIF » A L'EPREUVE DES AVANT-CONTRATS

Yves-Marie Laithier
Professeur à l'Université de Reims,
CEJESCO

C'est à la pensée si féconde de Jhering que l'on doit la distinction entre l'intérêt positif et l'intérêt négatif. Dans son célèbre essai consacré à la *culpa in contrahendo*, publié en 1860, l'auteur allemand montre que l'objet de l'action en dommages-intérêts est double. Le demandeur a d'abord un « *intérêt contractuel positif* », c'est-à-dire un « intérêt au *maintien*, donc à l'*exécution* du contrat ». Dans ce cas, le demandeur obtient en argent l'équivalent de tout ce qu'il aurait eu si le contrat avait été valable. Il a ensuite un « *intérêt contractuel négatif* », c'est-à-dire un « intérêt à la *non-conclusion* du contrat ». Dans ce cas, le demandeur obtient en argent ce qu'il aurait eu si le contrat n'avait pas été conclu[1].

Cette distinction a remporté à l'étranger un immense succès, tant dans les droits de tradition germanique que dans les droits de *common law*[2], ce qui explique, à n'en pas douter, sa consécration par les *Principes du droit européen du contrat*[3]. En revanche, malgré les tentatives de Saleilles[4], d'Eugène Gaudemet[5] et de quelques auteurs plus contemporains[6], le droit français l'ignore. Ni le législateur, ni la

1 - R. von Jhering, De la *culpa in contrahendo* ou des dommages-intérêts dans les conventions nulles ou restées imparfaites (1860), *in* Œuvres choisies, t. II, trad. O. de Meulenaere, A. Marescq, 1893, p. 1, spéc., p. 16.

2 - Pour des références, V. notre Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat, préface H. Muir Watt, LGDJ, 2004, n° 108, p. 159.

3 - Art. 9 : 502. V. également, P. Ancel, La responsabilité contractuelle, *in* P. Remy-Corlay, D. Fenouillet, (dir.), Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats, Dalloz, 2003, p. 243, spéc., p. 255 et s.

4 - R. Saleilles, Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet de code civil allemand, F. Pichon, 1890, n° 153, p. 158 et s. ; du même auteur, De la responsabilité précontractuelle, RTDciv. 1907, p. 697, spéc., p. 722.

5 - E. Gaudemet, Théorie générale des obligations, Sirey, [1937], 1965, p. 196.

6 - V. par exemple, M. Fabre-Magnan, Les obligations, PUF, coll. Thémis, 2004, n° 216 ; C. Guelfucci-Thibierge, Nullité, restitutions et responsabilité, préface J. Ghestin, LGDJ, 1992, n° 109 et s., p. 82 et s. ; Ph. Rémy, Observations sur le cumul de la résolution et des dommages et intérêts en cas d'inexécution du contrat, *in* Mélanges offerts à Pierre Couvrat, PUF, 2001, p. 121.

jurisprudence ne l'ont jamais consacrée. Et l'Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription élaboré sous la direction de Pierre Catala ne propose nullement de l'introduire.

L'échec de cette transplantation a de quoi surprendre tant la distinction est riche d'enseignements théoriques et pratiques.

Théoriquement, la distinction a permis de cerner de plus près la notion de contrat, au moins par opposition à la sphère des délits[7]. Venger l'intérêt positif, c'est venger l'intérêt du demandeur à l'obtention d'un avantage et révéler, de ce seul fait, l'existence d'une obligation contractuelle. C'est parce qu'il y a un contrat que l'intérêt positif est accessible[8]. Alors que venger l'intérêt négatif, c'est revenir au *statu quo ante*, c'est faire comme si aucun contrat n'avait été conclu ou comme si aucun délit n'avait été commis. L'intérêt négatif brouille ainsi la frontière du contrat et du délit. Appliqué à la matière précontractuelle, cela signifie que la protection de l'intérêt positif révèle l'existence d'un avant-contrat valable, à la différence de la rupture fautive des pourparlers qui ne protège la victime qu'à hauteur de l'intérêt négatif[9].

A l'intérêt théorique de la distinction s'ajoute un intérêt pratique qui, au demeurant, était le seul dont Jhering se préoccupait. En effet, ce que l'auteur voulait élucider était uniquement le « *but pratique* de l'action »[10], c'est-à-dire ce que l'acheteur déçu pouvait obtenir en agissant en dommages-intérêts. Concrètement, la distinction permet de mieux définir le dommage réparable et de mieux préciser les règles d'évaluation. Ceci constitue un apport non négligeable pour le droit français, droit dans lequel la variété des préjudices et la mesure des dommages-intérêts sont moins développées qu'ailleurs, et ce alors que la compensation pécuniaire occupe toujours une place de première importance en dépit des évolutions jurisprudentielles récentes favorables à l'exécution en nature[11].

Même si la distinction entre intérêt positif et intérêt négatif n'a pas été élaborée dans le contexte des avant-contrats, il ne fait guère de doute qu'elle y soit applicable. L'intérêt positif est applicable pour la simple raison que les avant-contrats sont des contrats. L'intérêt négatif

7 - Pour de plus amples développements sur la portée théorique de la distinction, V. Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat, *op. cit.*, n° 131 et s., p. 189 et s.

8 - V. par exemple, G. Rouhette, Contribution à l'étude critique de la notion de contrat, thèse dacty. Paris, 1965, n° 226, p. 638. V. également, du même auteur, Nouvelles réflexions sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, RDC 2007, p. 1371, spéc., p. 1375.

9 - Sur ce dernier point, v. l'excellent article de O. Deshayes, Le dommage précontractuel, RTDcom. 2004, p. 187.

10 - R. von Jhering, De la *culpa in contrahendo* ou des dommages-intérêts dans les conventions nulles ou restées imparfaites, *op. cit.*, p. 15.

11 - Sur ces évolutions, V. *supra* le rapport de D. Grimaud, L'exécution forcée des avant-contrats. *Adde*, admettant dans un *obiter dictum* la validité des clauses d'exécution en nature, Cass. 3ème civ. 27 mars 2008, pourvoi n° 07-11721 et sur l'arrêt attaqué (Paris, 26 octobre 2006), V. les observations de F. Collart Dutilleul, RDC 2007, p. 795.

est également applicable car il accompagne l'absence de contrat, y compris celle résultant d'un anéantissement rétroactif[12]. Or rien n'empêche, bien évidemment, un avant-contrat d'être résolu. Mais que la distinction entre intérêt positif et intérêt négatif soit applicable aux avant-contrats est une chose ; qu'elle doive être appliquée en est une autre. C'est la raison pour laquelle, avant de franchir ce cap, il faut d'abord s'assurer de l'utilité de la distinction (section I). C'est seulement cette vérification effectuée que la mise en œuvre de la distinction pourra ensuite être abordée (section II).

Section 1 – L'utilité de la distinction

Pour s'assurer de l'utilité de la distinction entre intérêt positif et intérêt négatif, il faut comprendre ce qu'elle recouvre, puis montrer les avantages supposés de son application aux avant-contrats. Aussi, après avoir examiné la teneur de la distinction (§ 1), nous en apprécierons la valeur (§ 2).

§ 1 : La teneur de la distinction

L'examen de la teneur de la distinction conduit à cerner successivement les notions d'intérêts positif (A) et négatif (B).

A. La notion d'intérêt positif

La définition de l'intérêt positif proposée par Jhering n'est pas modifiée en présence d'un avant-contrat. Il s'agit de l'intérêt du créancier à l'exécution régulière de l'avant-contrat. En d'autres termes, l'intérêt positif consiste à placer le créancier dans la situation patrimoniale qui serait la sienne si l'obligation contractuelle avait été totalement et ponctuellement exécutée.

L'intérêt positif correspond très exactement à une « exécution par équivalent », notion contestée par certains et pourtant incontestable lorsque les dommages-intérêts sont évalués en fonction de cet intérêt.

La notion d'intérêt positif est suffisamment large pour englober les deux composantes traditionnelles du préjudice que sont la perte subie et le gain manqué.

Dans le cadre de l'intérêt positif, la perte subie ne correspond pas à toute perte causée par l'inexécution de l'avant-contrat, mais seulement à la diminution du patrimoine du créancier qui n'aurait pas eu lieu si l'avant-contrat avait été exécuté. Il peut s'agir tantôt d'une diminution de l'actif – un préjudice moral par exemple[13] –, tantôt d'une

12 - V. *infra* II A.

13 - V. Amiens, 6 mars 1984, cité par M. Dagot, Le pacte de préférence, Litec, 1988, p. 305.

augmentation du passif découlant soit de dépenses engagées du fait de l'inexécution[14], soit d'une mise en cause éventuelle de la responsabilité du créancier envers ses propres créanciers.

En revanche, sont exclues de la perte subie indemnisée au titre de l'intérêt positif les dépenses qui devaient être supportées par le créancier en vertu de l'avant-contrat, par exemple des dépenses engagées pour la conclusion de l'avant-contrat. En effet, si l'avant-contrat avait été correctement exécuté, la charge définitive de ces dépenses aurait pesé sur le créancier. Puisque l'objectif est précisément de faire comme si l'avant-contrat avait été exécuté, il est logique de ne pas transférer la charge de ces dépenses sur le débiteur défaillant.

Le gain manqué réparable au titre de l'intérêt positif correspond à l'augmentation de patrimoine dont le créancier est privé du fait de l'inexécution. C'est la compensation du gain que l'exécution de l'avant-contrat devait lui procurer[15], par exemple, le gain espéré de l'exploitation d'une carrière[16] ou le profit escompté d'une revente. Ce gain est indemnisé si les conditions de la responsabilité sont réunies, notamment celles de prévisibilité du dommage et de causalité directe entre l'inexécution et le manque à gagner allégué[17].

L'indemnisation du gain manqué n'est pas propre à l'intérêt positif. La différence avec l'intérêt négatif est ailleurs.

B. La notion d'intérêt négatif

L'intérêt négatif consiste à faire comme si l'avant-contrat n'avait pas été conclu. En d'autres termes, le dommage réparable à ce titre est celui qui découle de la confiance vainement placée par le créancier dans l'avant-contrat resté sans suite. A ce sujet, on relèvera que la terminologie allemande (« *Vertrauen* ») ou anglaise (« *reliance* ») est plus satisfaisante que l'emploi de l'adjectif « négatif » dont le pouvoir d'évocation est des plus faibles. Quoi qu'il en soit, l'intérêt négatif couvre le dommage que le créancier a subi en agissant à son détriment sur la foi d'un avant-contrat qui n'a pas été exécuté. Il faut faire comme si le créancier n'avait pas agi à ses dépens, en prenant garde, vu l'orientation adoptée, à ne pas confondre les dommages-intérêts avec les restitutions. Le montant des dommages-intérêts dépend du préjudice subi par le créancier et non pas, à l'instar des restitutions, de l'avantage reçu par le débiteur défaillant.

14 - Exemple : les dépenses engagées pour effectuer une opération de remplacement.

15 - V. également les observations de J. Mestre et B. Fages sous Paris, 21 septembre 2006, RTDciv. 2006, p. 757, spéc., p. 759 *in fine*.

16 - V. Lyon, 27 novembre 2003, JurisData n° 2003-229143.

17 - V. Angers, 20 février 2001, n° pourvoi 2000/01073.

Comme l'intérêt positif, l'intérêt négatif englobe l'indemnisation de la perte subie et du gain manqué. La différence se situe dans la définition respective de ces deux éléments.

La perte subie au titre de l'intérêt négatif est égale à la diminution du patrimoine qui n'aurait pas eu lieu si l'avant-contrat n'avait pas été conclu. Rien ne s'oppose à l'indemnisation du préjudice moral. Mais c'est le plus souvent le préjudice matériel qui est réparé. Celui-ci comprend, d'abord, les frais inhérents à la conclusion de l'avant-contrat puisque, par définition, ils n'auraient pas été exposés si l'avant-contrat n'avait pas été conclu. En principe, les frais « préparatoires », antérieurs à la conclusion du contrat, ne sont pas indemnisés, mais il peut en aller autrement lorsque le débiteur avait connaissance de ces frais et qu'ils ont été engagés dans la seule perspective de la conclusion du contrat[18]. Cela comprend, ensuite, les frais inhérents à l'exécution de l'avant-contrat qui ont été rendus complètement inutiles du fait de l'inexécution[19]. Cela comprend, enfin, les frais consécutifs à l'inexécution puisque, là encore, ils n'auraient pas été engagés si l'avant-contrat n'avait pas été conclu.

La principale différence avec l'intérêt positif est que les dépenses qui incombaient normalement au créancier en vertu du contrat sont indemnisées.

Le gain manqué est réparable, mais à la différence de ce qui a été indiqué au titre de l'intérêt positif, il ne saurait s'agir du gain que l'exécution de l'avant-contrat devait procurer au créancier[20]. Dans le cadre de l'intérêt négatif, le gain manqué correspond à la perte de chance sérieuse de conclure avec un tiers un avant-contrat valable, similaire et exécuté. Si elle est établie, la chance perdue est indemnisée en tenant compte de l'aléa qui affecte sa réalisation[21].

Ces premières observations montrent que la distinction entre intérêt positif et intérêt négatif est consistante ; sa teneur est réelle. Pour se convaincre pleinement de son utilité, il reste à présent à en apprécier la valeur.

---

18 - V. par exemple, Angers, 20 février 2001, préc., indemnisant des frais d'architecte « exposés en pure perte ». Sur cette question, très discutée dans la doctrine américaine, v. par exemple, L. A. Bebchuk, O. Ben-Shahar, *Precontractual Reliance*, (2001) 30 J. Legal Stud. 423 ; G. S. Crespi, *Recovering Pre-contractual Expenditures as an Element of Reliance Damages* , (1995) 49 S.M.U. L. Rev. 43 ; A. Schwartz, R. E. Scott, *Precontractual Liability and Preliminary Agreements*, (2007) 120 Harv. L. Rev. 661 ; R. E. Scott, *Hoffman v. Red Owl Stores and the Myth of Precontractual Reliance*, (2007) 68 Ohio St. L.J. 71.

19 - V. Paris, 19 octobre 2005, JurisData n° 2005-284707 (frais de nettoyage des parquets, dépenses d'établissement d'un règlement de copropriété, frais de commercialisation).

20 - Sur ce raisonnement, V. déjà, Rennes, 8 juillet 1929, D.H. 1929, p. 548.

21 - V. par exemple, A. Bénabent, Les obligations, 10e éd., Montchrestien, 2005, n° 679.

§ 2 : La valeur de la distinction

Si la distinction entre intérêt positif et intérêt négatif présente des avantages, notamment par rapport à la règle inscrite à l'article 1149 du code civil (A), son apport n'en est pas moins limité (B).

A. Les avantages de la distinction

La distinction des intérêts positif et négatif présente deux avantages.

Le premier est sa précision. La distinction dépasse et complète celle faite par le code civil entre perte subie et gain manqué, sans jamais porter atteinte au principe dit de réparation intégrale. L'appréciation plus fine du préjudice doit théoriquement conduire à une évaluation plus juste des dommages-intérêts, en limitant le risque d'une sous-indemnisation ou d'une sur-indemnisation.

Le second avantage de la distinction est de servir l'objectif de cohérence auquel la Cour de cassation prête une attention de plus en plus grande, comme en témoigne sa jurisprudence relative à la rupture fautive des pourparlers[22]. La distinction clarifie la situation afin qu'un préjudice ne soit pas évalué en même temps en fonction de l'avantage qu'aurait procuré l'exécution de l'avant-contrat et en fonction de ce que serait la situation si aucun accord n'avait été conclu. Par exemple, la distinction interdit d'inclure dans le gain manqué à la fois le gain espéré de l'exécution de l'avant-contrat et la perte d'une chance de conclure un avant-contrat avec un tiers. De même, la distinction interdit d'octroyer au créancier à la fois le gain espéré de l'exécution de l'avant-contrat et l'indemnisation de l'intérêt négatif. La solution contraire serait incohérente puisqu'elle reviendrait à donner effet à un contrat dont on nie l'existence. Mais surtout, la solution contraire serait injuste puisque le créancier obtiendrait sous forme de dommages-intérêts à la fois le gain espéré de l'exécution de l'avant-contrat et l'indemnisation des dépenses d'exécution qu'il devrait dès lors assumer. Dernier exemple : la distinction interdit l'indemnisation des frais liés à la conclusion de l'avant-contrat si le créancier poursuit l'intérêt positif. Ce qui est cohérent : le créancier ne peut pas obtenir sous forme d'équivalent l'avantage escompté sans prendre définitivement à sa charge les dépenses qui lui incombent en vertu du contrat.

22 - En cas de rupture fautive des pourparlers, la Cour de cassation admet l'indemnisation de la perte réelle de chance de conclure un contrat équivalent avec un tiers, mais exclut celle de tirer profit du contrat avorté, V. en dernier lieu, Cass. 3ème civ. 28 juin 2006, Bull. civ. III, n° 164, C.C.C. 2006, n° 223, obs. L. Leveneur, D. 2006, p. 2639, obs. S. Amrani-Mekki, et p. 2963, note D. Mazeaud, Def. 2006, p. 1858, obs. R. Libchaber, JCP 2006, I, 166, obs. Ph. Stoffel-Munck, JCP 2006, II, 10130, note O. Deshayes, RDC 2006, p. 1069, obs. D. Mazeaud, RTDciv. 2006, p. 754, obs. J. Mestre, B. Fages, et p. 770, obs. P. Jourdain.

Il reste que, malgré ses avantages appréciables, la distinction comporte des limites qui peuvent, en partie, expliquer son rejet en droit français.

B. Les limites de la distinction

Les limites de la distinction sont de deux ordres. Certaines sont générales, d'autres plus spécifiques aux avant-contrats. Nous ne ferons qu'évoquer les premières afin d'insister sur les secondes.

De manière générale, la distinction ne supprime pas la difficulté d'évaluer un dommage en partie hypothétique. Par exemple, il est extrêmement délicat d'évaluer la perte de chance de conclure avec un tiers un avant-contrat valable et similaire à celui qui a été violé. Cette référence, théoriquement précise mais pratiquement évasive, ne renvoie pas à une valeur déterminée ou aisément déterminable.

Par ailleurs, il existe des zones de recoupements qui brouillent quelque peu la clarté de l'opposition entre intérêt positif et intérêt négatif. Reprenons l'exemple proverbial de Pothier sur la vente d'une bête malade qui contamine le troupeau. On peut soutenir que le troupeau n'aurait pas été décimé si l'obligation du vendeur avait été correctement exécutée (c'est l'intérêt positif). Mais on peut pareillement soutenir que le troupeau n'aurait pas été décimé si le contrat n'avait pas été conclu. Autrement dit, pour certains préjudices, il n'y a pas de différence concrète entre l'indemnisation octroyée au titre de l'intérêt positif ou de l'intérêt négatif.

En outre, l'application de la distinction peut soulever des difficultés lorsque le créancier victime de l'inexécution d'un avant-contrat peut engager la responsabilité d'un tiers, par exemple, celle d'un acquéreur complice[23] ou d'un notaire fautif[24]. La difficulté n'a rien d'insurmontable, mais elle existe et tient au fait que le dommage réparable n'est pas toujours identique pour les co-responsables : en effet, le débiteur fautif peut être contractuellement responsable à hauteur de l'intérêt positif, alors que le tiers engage sa responsabilité délictuelle à hauteur de l'intérêt négatif.

Mais la limite la plus importante dans le cadre des avant-contrats tient au fait que la détermination de l'intérêt positif dépend de ce à quoi oblige tel ou tel type d'avant-contrat. Il est en effet indispensable

23 - Pour une illustration, v. Cass. 1ere civ. 11 juillet 2006, Bull. civ. I, n° 389, D. 2006, p. 2510, note P.-Y. Gautier.

24 - Sur le préjudice dont répond le notaire, v. les développements de M. Dagot, Le pacte de préférence, *op. cit.*, p. 304 et s.

de connaître précisément ce à quoi le débiteur est obligé afin que le créancier n'obtienne pas, sous forme d'équivalent, un avantage auquel il n'a pas droit, en particulier l'avantage conféré par le contrat définitif. Or la difficulté vient de ce que le contenu obligationnel des avant-contrats n'est pas fermement arrêté [25].

Par exemple, la nature du droit personnel dont jouit le bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente est controversée. Pour certains, fidèles en cela à une jurisprudence constante de la Cour de cassation[26], l'obligation créée est une obligation de faire (ou, ce qui n'est pas si différent, de ne pas faire)[27], alors que pour d'autres, il s'agit d'une obligation de donner[28]. Supposons que la sanction de l'inexécution intervenue avant la levée de l'option soit des dommages-intérêts évalués selon l'intérêt positif. Faut-il que les dommages-intérêts correspondent à la valeur de l'option, c'est-à-dire qu'ils compensent la seule perte de la faculté de choix[29] ? Ou faut-il que les dommages-intérêts correspondent à la valeur de l'avantage que la levée de l'option permettait d'obtenir ? La seconde solution doit, semble-t-il, être rejetée si l'obligation n'est que de faire, sans quoi les dommages-intérêts donneraient par équivalent un avantage supérieur à celui que procure l'avant-contrat de promesse unilatérale de vente[30]. Au contraire, la seconde solution paraît admissible si l'obligation créée est une obligation de donner car, conformément à la définition de cette obligation, les dommages-intérêts doivent compenser l'entier préjudice causé par l'inexécution de la « promesse (ferme) de propriété »[31].

De même, autre exemple, le droit conféré par le pacte de préférence demeure discuté. A suivre l'opinion traditionnelle, le seul droit dont le bénéficiaire est créancier est celui interdisant au promettant de faire une proposition à un tiers avant de la lui avoir présentée en priorité[32]. Il semble alors qu'en cas d'inexécution, les dommages-intérêts doivent correspondre à la valeur de la préférence non octroyée ; ils ne

25 - Il faut réserver le cas de la promesse synallagmatique dans laquelle la détermination de l'intérêt positif ne soulève pas de problème particulier : l'intérêt positif est le même que celui du contrat définitif. V. pour une illustration, Paris, 15 mars 1995, JurisData n° 1995-021061.

26 - V. par exemple, Cass. 3ème civ. 15 décembre 1993, Bull. civ. III, n° 174. Et v. déjà, Req. 26 novembre 1935, D. 1936, p. 37, rapp. Pilon (« l'obligation du promettant (...) constitue, tant que le bénéficiaire n'a pas déclarer acquérir, non pas une obligation de donner, mais une obligation de faire »).

27 - Comp. D. R. Martin, Des promesses précontractuelles, *in* Etudes offertes à Jacques Béguin, Litec, 2005, p. 487, spéc., p. 492.

28 - V. J. Huet, Des différentes sortes d'obligations et, plus particulièrement, de l'obligation de donner, la mal nommée, la mal aimée, *in* Etudes offertes à Jacques Ghestin, LGDJ, 2001, p. 425, spéc., p. 432. V. également, P. Bloch, L'obligation de transférer la propriété dans la vente , RTDciv. 1988, p. 673, spéc., p. 683 ; et plus généralement, F. Zenati-Castaing, Th. Revet, Les biens, 3e éd., PUF, coll. Droit fondamental, 2008, n° 178.

29 - V. en ce sens, M. Fabre-Magnan, Les obligations, *op. cit.*, n° 85, spéc., p. 219. *Adde*, indemnisant la perte de chance d'acquérir le bien, Paris, 26 janvier 2005, JurisData n° 2005-269804.

30 - V. en ce sens, M. Fabre-Magnan, Les obligations, *op. cit.*, *loc. cit.*

31 - Th. Revet, obs. sous Cass. com. 10 janvier 2006, RTDciv. 2006, p. 343, spéc., p. 347.

32 - V. par exemple, Ph. Malaurie, L. Aynès, P.-Y. Gautier, Les contrats spéciaux, 3e éd., 2007, n° 145.

doivent certainement pas placer le bénéficiaire dans la situation patrimoniale qui aurait été la sienne s'il avait été partie au contrat finalement conclu avec le tiers. En d'autres termes, le bénéficiaire est indemnisé pour la perte de chance qu'il avait d'obtenir un avantage[33], par exemple, la perte de chance d'acquérir un bien contigu à celui dont il est déjà propriétaire. Dépassant l'opinion traditionnelle, certains voient dans le pacte de préférence une sorte de promesse conditionnelle, étant précisé que la vente à un tiers réalise la condition[34]. Au soutien de cette thèse, on fait valoir que depuis l'arrêt d'une chambre mixte de la Cour de cassation rendu le 26 mai 2006[35], la substitution à l'acquéreur est admise. Sachant que les dommages-intérêts évalués selon l'intérêt positif doivent être l'équivalent le plus fidèle possible à l'avantage en nature obtenu, il en résulte que le montant des dommages-intérêts doit être tel qu'il place le bénéficiaire du pacte dans la situation patrimoniale qui aurait été la sienne s'il était partie au contrat pour lequel il avait une préférence et qui a été conclu avec un tiers. Cette fois, l'indemnisation dépasse celle de la perte de chance et couvre les avantages que le bénéficiaire du pacte aurait obtenus si le contrat avait été conclu avec lui plutôt qu'avec un tiers[36].

Entre ces deux méthodes, l'hésitation est permise. A la réflexion cependant, elles peuvent être appliquées de manière distributive de la manière suivante. Soit l'intention de se prévaloir de la préférence n'est pas établie et les dommages-intérêts seront évalués selon la première méthode indiquée. Soit l'intention de se prévaloir de la préférence est établie et le montant des dommages-intérêts doit être égal à l'avantage que donne la substitution si, pour une raison ou pour une autre, celle-ci n'est pas demandée.

Les limites de la distinction entre intérêt positif et intérêt négatif sont donc indéniables. Néanmoins, certaines d'entre elles sont surmontables et aucune n'est rédhibitoire. Sans être la panacée que d'aucuns pouvaient espérer, la distinction est un instrument utile à

33 - V. par exemple, indemnisant la perte de chance, Aix-en-Provence, 10 mai 2006, JurisData n° 2006-305895 ; Paris, 21 février 2005, JurisData n° 2005-265027 ; Nancy, 31 mai 1999, JurisData n° 1999-044546 ; Lyon, 19 octobre 1995, JurisData n° 1995-049451 ; Paris, 28 janvier 1987, JurisData n° 1987-020084 ; Paris, 18 juin 1985, JurisData n° 1985-023604.

34 - V. en ce sens, A. Bénabent, Les contrats spéciaux civils et commerciaux, 7e éd., Montchrestien, 2006, n° 66 *in fine*. *Contra* Ph. Malaurie, L. Aynès, P.-Y. Gautier, Les contrats spéciaux, *op. cit.*, n° 144 ; D. R. Martin, art. préc., p. 494.

35 - Cass. ch. mixte 26 mai 2006, Bull. mix., n° 4, D. 2006, p. 1861, note P.-Y. Gautier, et p. 1864, note D. Mainguy, Def. 2006, p. 1206, obs. E. Savaux, Droit & Patrimoine oct. 2006, p. 93, obs. Ph. Stoffel-Munck, JCP 2006, II, 10142, note L. Leveneur, RDC 2006, p. 1080, obs. D. Mazeaud et p. 1131, obs. F. Collart Dutilleul, RTDciv. 2006, p. 550, obs. J. Mestre, B. Fages. Et pour un arrêt admettant effectivement la substitution, Cass. 3ème civ. 14 février 2007, Bull. Civ., III, n° 25, Def. 2007, p. 1048, obs. R. Libchaber, JCP 2007, II, 10143, note Bert, RDC 2007, p. 701, obs. D. Mazeaud, et p. 741, obs. G. Viney, RTD civ. 2007, p. 366, obs. P.-Y. Gautier, et p. 768, obs. B. Fages.

36 - Rappr. Versailles, 7 février 1995, JurisData n° 1995-040292 ; Reims, 16 octobre 1989, JurisData n° 1989-049590.

l'évaluation des dommages-intérêts, raison pour laquelle elle mériterait, nous semble-t-il, d'être appliquée en droit français. Comment fonctionnerait-elle ? Comment serait-elle mise en œuvre ? C'est ce qu'il faut examiner à présent.

Section II - La mise en œuvre de la distinction

La mise en œuvre de la distinction est placée sous le signe de la liberté. Certes, l'opposition entre les deux intérêts est si forte qu'un choix s'impose entre l'un ou l'autre. Mais ce choix est libre. Telle est la règle qu'il faut expliciter (§ 1) avant de voir si elle doit être limitée (§ 2).

§ 1 : Le libre choix de l'intérêt protégé

En cas d'inexécution préjudiciable, le créancier peut librement choisir entre la protection de l'intérêt positif ou celle de l'intérêt négatif. Une fois l'existence de ce choix démontrée (A), on indiquera les principaux facteurs qui le déterminent (B).

A. L'existence d'un choix

Le choix existe parce que les deux intérêts sont accessibles en cas d'inexécution d'un avant-contrat.

D'abord, il ne saurait être question de limiter l'accès au seul intérêt positif. Certains le contestent en considérant que l'intérêt négatif est propre à l'annulation du contrat[37]. Même s'il vrai que Jhering a envisagé l'intérêt négatif à propos d'un contrat entaché d'une cause de nullité, cette opinion ne convainc pas. Ce qui importe n'est pas la cause de l'anéantissement rétroactif, mais ses effets. La résolution de l'avant-contrat va de pair avec la protection de l'intérêt négatif car il serait contradictoire d'anéantir rétroactivement le contrat et de faire comme s'il avait été exécuté par équivalent. Compenser l'intérêt positif en cas de résolution du contrat, c'est prendre le risque d'enrichir injustement le créancier qui obtient l'avantage escompté de l'exécution, tout en étant rétroactivement et définitivement libéré de ses obligations réciproques[38]. Et à ceux qui regrettent que le créancier perde ainsi le bénéfice du contrat[39], on répondra que la résolution n'est jamais imposée au créancier par le débiteur.

37 - V. par exemple, Ph. Remy, art. préc., p. 127 et 129.

38 - V. Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat, *op. cit.*, n° 145, p. 209 et s. Dans le même sens, M. Fabre-Magnan, Les obligations, *op. cit.*, n° 216, spéc., p. 581.

39 - V. S. Whittaker, *'Termination' for Contractual Non-performance and its Consequences*, *in Reforming the French Law of Obligations*, Oxford, Hart Publishing, à paraître.

Ensuite, il n'est pas question non plus de limiter l'accès au seul intérêt négatif[40]. Cela reviendrait à limiter la portée de l'engagement contractuel aux agissements que le créancier a accomplis sur la foi de l'avant-contrat dont il attendait l'exécution. Par où l'on retrouve l'intérêt théorique de la distinction déjà évoqué[41]. En droit français, le débiteur contractuel n'est pas obligé dans la mesure et uniquement dans la mesure où le créancier a modifié sa situation à son détriment sur la foi de l'engagement pris. En droit français, en tout cas pour les contrats dont la finalité principale est économique, le débiteur est tenu dès la conclusion du contrat de fournir en nature l'avantage promis et s'expose, en cas d'inexécution, à devoir fournir cet avantage par équivalent.

Les deux intérêts étant accessibles, un choix existe. D'ailleurs, ce choix n'est pas seulement possible ; il est nécessaire. Les intérêts positif et négatif ne peuvent pas être cumulés. Ce sont des intérêts alternatifs. Le choix, qui appartient au créancier[42], peut être effectué explicitement ou implicitement à travers la décision de poursuivre l'exécution ou d'opter pour la résolution[43].

B. La détermination du choix

On pourrait croire que l'intérêt positif est *a priori* celui qui offre la protection la plus étendue et par conséquent qu'il sera préféré. De fait, il en sera souvent ainsi. Il faut toutefois garder à l'esprit qu'en cas d'inexécution, le créancier n'a plus nécessairement intérêt à l'exécution. L'occasion de faire une bonne affaire peut avoir définitivement disparu, la confiance être perdue, etc. Dans ce cas, le créancier pourra préférer revenir au *statu quo ante*, donc opter en faveur de l'intérêt négatif.

Plus précisément, les principaux facteurs déterminant le choix entre un intérêt ou l'autre sont au nombre de deux.

Le premier facteur est la difficulté respective de prouver les éléments constitutifs de l'un ou l'autre intérêt. Dans un célèbre article, le Professeur américain Fuller avait soutenu que l'intérêt négatif était plus difficile à établir que l'intérêt positif[44]. L'affirmation n'est guère convaincante. Les situations désignées par les intérêts positif et négatif étant toutes deux hypothétiques, le fardeau de la preuve n'est pas par principe allégé dans une situation ou dans une autre. Tout dépend ici des circonstances de chaque espèce.

---

40 - Sauf en cas d'annulation de l'avant-contrat.

41 - V. *supra* introduction.

42 - Toutefois, le choix appartient au juge lorsqu'il est invité à prononcer la résolution judiciaire de l'avant-contrat.

43 - Les conditions du choix entre les intérêts positif et négatif se ramènent donc à celles de la responsabilité contractuelle et le cas échéant de la résolution (d'origine conventionnelle ou non).

44 - L. L. Fuller, W. R. Perdue, *The Reliance Interest in Contract Damages*, (1936) 46 Yale L.J. 52, spéc., p. 62.

Le second facteur est l'ampleur du dommage et donc celle de l'indemnisation. En général, l'exécution du contrat est profitable au créancier. C'est la raison pour laquelle l'intérêt positif offre *a priori* la protection la plus généreuse. Mais le propre des avant-contrats est de se distinguer des contrats qu'ils précèdent ; ils ne donnent normalement pas le même avantage que celui découlant de l'exécution du contrat définitif dont la conclusion était espérée. Sachant que l'intérêt positif est ainsi limité dans son étendue, l'intérêt négatif peut finalement s'avérer plus attractif, en particulier dans l'hypothèse où d'importantes dépenses ont été effectuées par le créancier.

Le risque est alors que le créancier engage des dépenses élevées, pour ne pas dire excessives, sur la foi de l'avant-contrat. La question a donc été posée de savoir si la liberté de choix entre l'intérêt positif et l'intérêt négatif ne devait pas être limitée.

§2 : Un choix limité ?

La suggestion a été faite par une frange de la doctrine de plafonner l'intérêt négatif par l'intérêt positif, c'est-à-dire de plafonner le montant de l'indemnisation allouée au titre des dépenses engagées et de la perte de chance par la valeur de l'intérêt à l'exécution.

Le mérite de ce plafonnement est qu'il empêche le créancier de transférer sur le débiteur défaillant les risques d'un accord défavorable. En effet, si la valeur de l'intérêt négatif dépasse celle de l'intérêt positif, c'est que le créancier a conclu une mauvaise affaire[45]. Or il ne faudrait pas que par le biais de l'indemnisation, le créancier fasse supporter au débiteur les conséquences de sa propre imprévoyance.

A quoi l'on peut rétorquer qu'il est assez curieux de permettre au débiteur défaillant de se prévaloir de ce que serait la situation du créancier s'il avait respecté ses obligations, pour tenter ensuite de limiter le poids de sa responsabilité. Plus généralement, il n'est pas admissible qu'un contrat résolu serve de référence et encore moins de plafond à l'indemnisation du dommage. Résoudre le contrat et parallèlement faire comme s'il avait été exécuté afin de plafonner le montant des dommages-intérêts dus au créancier est incohérent[46].

En d'autres termes, et pour conclure, il serait à notre avis souhaitable que la consécration de la distinction entre intérêt positif et intérêt négatif, dont nous avons montré qu'elle était utile, soit accompagnée de la reconnaissance de leur complète autonomie l'un par rapport à l'autre.

---

45 - Exemple : les frais des nombreuses études commandées par le créancier dépassent le bénéfice que procurerait l'exécution de l'avant-contrat.

46 - Pour de plus amples développements, v. Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat, *op. cit.* , n° 146 et s., p. 210 et s.

LA CIRCULATION DES AVANT-CONTRATS

Gilles Pillet
Maître de conférences à l'Université Paris XII (Créteil),
PRESS Paris Est

1.- L'ambiguïté des avant-contrats. Comme toute réflexion relative aux avant-contrats, l'étude de leur circulation est affectée par leur ambiguïté. Le fait est connu. La période précontractuelle n'a pas retenu l'attention des rédacteurs du code civil[1]. Les praticiens ont cultivé dans cette zone d'ombre des figures contractuelles très variées dont certaines ont reçu une définition doctrinale et un régime jurisprudentiel. Pour autant, en raison semble-t-il de leur ambiguïté intrinsèque, ces conventions particulières traversent le temps sans perdre réellement cette part de mystère qui leur donne un air d'éternelle jeunesse. A la fois proches et distincts du contrat dont ils préparent l'apparition, les avant-contrats résistent à l'analyse.

Ainsi, c'est parce que les notions les plus classiques peinent à traduire la singularité de l'engagement du promettant dans le cadre d'une promesse unilatérale de vente[2] que l'efficacité de ce contrat est fluctuante en jurisprudence. Fragilisée par la Cour de cassation au cours des années 1990[3], vivement défendue – au moyen d'arguments d'ailleurs très divers – par la majorité de la doctrine[4], cette efficacité pourrait dans l'avenir recevoir une garantie législative[5]. C'est bien parce

1 - Pour une comparaison avec les codifications plus récentes et les projets européens, v. P. Rémy-Corlay, L'existence du consentement, *in* Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats, Dalloz, 2003, p. 29.

2 - L'analyse classique impose une alternative qui conduit à une impasse. Il faut, ou aller trop loin en admettant l'existence d'une obligation de donner, ou priver la promesse de force en raisonnant en termes d'obligation de faire ou de ne pas faire. Car alors on ne place pas le promettant dans la situation de sujétion sans laquelle la promesse n'est pas plus utile au bénéficiaire qu'une offre assortie d'un délai. C'est l'existence d'un droit potestatif qu'il faut reconnaître.

3 - Nous songeons ici bien évidemment à l'arrêt rendu par la 3ème chambre civile de la Cour de cassation le 15 décembre 1993, D. 1995, somm. 87, obs. L. Aynès, Defrénois 1994, 795, obs. Ph. Delebecque.

4 - Les auteurs ont contesté la lecture faite de l'article 1142 du code civil ou, plus radicalement, son application au problème, mais presque tous ont souhaité une restauration de la force obligatoire de la promesse unilatérale. Les écrits les plus récents relatifs aux avant-contrat sont également en ce sens. V., notamment, D. Mazeaud, Mystères et paradoxes de la période précontractuelle, *in,* Le contrats au début du 21ème siècle, Etudes Ghestin, p. 637 ; Exécution des contrats préparatoires, RDC, 2005, p. 61.

5 - L'avant-projet de réforme du Titre III du Livre III du code civil, remis au garde des sceaux, propose ainsi d'intégrer dans une section traitant de la formation du contrat, deux articles s'efforçant non seulement de définir la *« promesse unilatérale de contrat »* (art. 1106) ainsi que le *« pacte de préférence pour un contrat futur »* (1106-1), mais surtout de garantir leur efficacité. L'article 1106 dispose que la rétractation du promettant ne peut empêcher la formation du contrat promis et que l'acte conclut avec un tiers en violation de la promesse peut être déclaré inopposable au bénéficiaire.

qu'il met en place une situation plus ambiguë encore[6] que le pacte de préférence bénéficie, en cas de violation, d'une sanction qui, aujourd'hui[7] comme hier[8], semble susciter autant de questions qu'elle apporte de réponses.

Le même embarras peut être constaté lorsqu'on aborde la circulation des avant-contrats. Comment pourrait-il en être autrement ? On ne peut être tout à fait à l'aise pour faire passer de mains en mains, une position contractuelle insaisissable. Cette fois, la solution ne semble pas devoir être attendue du législateur qui a souhaité jusqu'à présent n'intervenir qu'à la marge[9].

2.- L'hétérogénéité des avant-contrats. L'obscurité se fait un peu plus inquiétante lorsque, au-delà de ses éléments les plus fameux (promesses et pactes de préférence), on tente d'embrasser toute la catégorie des avant-contrats[10]. On peine à cerner les contours de ce que l'on a comparé à une « nébuleuse »[11]. Le fait que le vocabulaire juridique de l'Association Henri Capitant en adopte une définition très ouverte[12] en est un signe.

A l'évidence, aucun dénominateur commun opératoire ne peut être découvert entre les éléments de la catégorie des avant-contrats si l'on retient cette qualification pour toute convention conclue *dans la perspective d'une autre*. Ainsi, les contrats d'étude, les accords provisoires[13] organisant notamment la confidentialité des négociations, les contrats de représentation ou encore de courtage présentent certes la caractéristique de préparer la conclusion de contrats futurs. Mais on

6 - L'engagement du promettant et, corrélativement la prérogative du bénéficiaire, semblent inconsistants jusqu'à ce que soit prise l'initiative de conclure le contrat envisagé. Le bénéficiaire serait seulement titulaire d'un droit éventuel. Mais cet engagement n'en est pas moins véritablement contraignant dans la mesure où il limite aujourd'hui efficacement, et souvent sans durée dans le temps, la liberté du propriétaire. La nature du droit du bénéficiaire semble ensuite changer selon la manière dont le promettant déclenche la réalisation du contrat promis.

7 - V., parmi les nombreux commentaires de ch. mixte 26 mai 2006, JCP, éd. G, 2006, II ; 10142, note L. Leveneur ; Droit et Patrimoine 2006, p. 95, obs. Ph. Stoffel-Munck ; RTDciv. 2006, 550, obs. J. Mestre et B. Fages ; H. Kenfack, Le renforcement de la vigueur du pacte de préférence, Defrénois 2007, n° 13-14, p. 1003.

8 - Cass. com. 7 mars 1989, RTDciv., 1990, 70, obs. J. Mestre ; Cass. 3ème civ. 30 avril 1997, D. 1997, 475, obs. D. Mazeaud.

9 - Le Code civil contient deux dispositions, l'article 1589-2 du code civil qui reprend les dispositions de l'article 1840-A du Code général des impôts et l'article 52 de la loi du 29 janvier 1993, qui prohibe la cession à titre onéreux par un professionnel de l'immobilier des droits conférés sur un immeuble par une promesse de vente et dont l'objet est encore plus limité.

10 - V. not., E. Leduc, Des avant-contrats, thèse Paris, 1909 ; M. Geninet, Théorie générale des avant-contrats en droit privé, thèse ronéot. Paris II, 1985.

11 - P.-H. Antonmattei et J. Raynard, Droit civil, Contrats spéciaux, Litec, 5ème éd., 2007, n° 24, p. 22.

12 - *« Expression doctrinale désignant soit de véritables contrats (de base) – promesse pure et simple de contrat (...), contrat préliminaire à la vente d'immeuble (...)- soit plus généralement toute espèce d'accord préliminaire passé lors de pourparlers de façon souvent informelle (...), en vue de la conclusion ultérieure d'une convention en général plus formaliste, mais faisant déjà naître, au moins à titre provisoire, un engagement (accord de principe, note de couverture en matière d'assurance) ».*

13 - A distinguer des « contrats provisoires » tels que Demogue les envisageait, à savoir les contrats qui font l'objet d'une exécution expérimentale destinée à s'assurer de l'intérêt du contrat. V., R. Demogue, Les contrats provisoires, *in* Etudes Capitant, 1939, p. 159 et s.

perçoit bien qu'ils n'ont rien de véritablement commun entre eux et, surtout, qu'ils ne correspondent pas au modèle que constituent les promesses de contrat et les pactes de préférence.

3.- L'homogénéité relative de l'ensemble des avant-contrats susceptibles de circuler. Toute réflexion globale sur la circulation des avant-contrats n'est pas pour autant condamnée. Il y a au moins deux raisons à cela.

La première résulte de ce que l'on peut raisonnablement espérer donner des limites pertinentes à la catégorie des avant-contrats. On peut en effet considérer qu'un lien singulier relie l'avant-contrat au contrat projeté qui le distingue de la foule des conventions pouvant être appelées à participer plus ou moins directement à son avènement. Ce lien ne se réduit pas nécessairement à l'obligation de conclure le contrat futur[14] à des conditions déterminées[15]. Il peut être caractérisé chaque fois que la liberté contractuelle de l'une au moins des parties est limitée en considération de l'opération projetée *« de manière à garantir la possibilité pour l'autre de conclure le contrat futur »*[16]. Dans cette perspective, *« tous les accords qui obligent à négocier et donc à faire des offres susceptibles d'être acceptées par l'autre partie, sont des avant-contrats »*[17]. On accueille alors au sein de la catégorie, à côté des promesses – unilatérale ou synallagmatique – de contrat[18] et des pactes de préférence, les accords provisoires destinés à encadrer les négociations dès lors qu'ils contraignent plus ou moins fermement à la conclusion du contrat définitif, par exemple, en interdisant des négociations parallèles ou encore en prévoyant que la rupture des négociations ne peut intervenir qu'en raison d'un désaccord profond, dont un tiers, le cas échéant, appréciera la gravité.

La seconde raison tient à ce que, en tout état de cause, les avant-contrats susceptibles de circuler et circulant effectivement constituent en réalité une sous-catégorie étroite dès lors que l'on définit la circulation comme le fait pour *l'une des deux positions contractuelles de changer entièrement de mains*. Il ne s'agit pas de dire que le contrat est, en soi, un bien[19], mais d'admettre que l'avant-contrat peut circuler *à la*

14 - A suivre cette exigence, l'on est conduit à condamner comme une *« profonde erreur d'analyse »* le mouvement – perçu comme naturel – par lequel les auteurs englobent dans cette catégorie le pacte de préférence. En ce sens, R. Libchaber, obs. sous Cass. 3ème civ. 15 janvier 2003, Defrénois 2003, p. 852 et s., spéc., 853 et 854.

15 - Posant cette exigence supplémentaire, C. Saint-Alary-Houin, Le droit de préemption, LGDJ, 1979, n° 249, p. 223.

16 - R. Wintgen, La typologie des avant-contrats, rapport oral présenté lors du colloque du 4 avril 2007.

17 - R. Wintgen, La typologie des avant-contrats, rapport oral présenté lors du colloque 4 avril 2007.

18 - Seules les promesses synallagmatiques autonomes, à l'exclusion des contrats sous condition avec lesquels elles sont parfois confondues, sont visées ici.

19 - Il a été très justement souligné que *« l'essence du contrat est d'orienter, de régler le comportement des personnes qui l'ont conclu. Ce qui est tout à fait antinomique avec la définition même du bien. Alors que cette notion désigne une chose sur laquelle la personne, parce qu'elle est propriétaire, dispose d'une liberté de principe, le contrat est un lien qui assujettit chacune des parties qui l'ont conclue »*, P. Berlioz, La notion de bien, LGDJ, 2007, n° 1042, p. 334.

manière d'un bien. C'est tout simplement dire qu'il est parfois un instrument susceptible de présenter le même intérêt pour des personnes distinctes, agissant pour leur propre compte. L'une ou l'autre des positions contractuelles doit, à l'image d'un bien, être accessible à l'échange[20]. Il n'est donc pas question d'envisager ici les hypothèses dans lesquelles les effets d'un contrat seront simplement étendus à un tiers, ni les changements de partie auxquels conduisent parfois la conclusions de contrats conclus *ab initio* pour autrui. Nous n'envisagerons pas davantage la transmission des contrats résultant des fusions de sociétés. Outre que toute transmission universelle du patrimoine obéit à une logique singulière, ce trait est ici accentué par le fait que la fusion utilise ce type de transmission sans pour autant s'y réduire[21].

En somme, on peut dire qu'un avant-contrat circule à partir du moment où, alors qu'il a été conclu par les deux parties pour leur propre compte, un tiers peut y investir utilement l'une des positions contractuelles[22] et mettre en œuvre à son profit exclusif les prérogatives qui lui sont attachées. Partant de là, on est frappé de constater que *les avant-contrats qui circulent effectivement et donnent lieu à jurisprudence sont ceux-là mêmes dont l'analyse et la force obligatoire font difficulté, à savoir les promesses de vente et les pactes de préférence de vente*. Il est permis de penser que *ces difficultés ont pour origine commune l'ambiguïté de la relation des avant-contrats concernés au bien qui en est l'objet*.

4.- Au delà des avant-contrats, des biens. L'avant-contrat peut effectivement circuler chaque fois qu'il constitue un accès privilégié à un bien. C'est alors qu'un tiers peut le plus sûrement trouver intérêt – l'intérêt même que lui portait son prédécesseur – à intégrer la convention. L'illustration de ce phénomène est fournie par la plus fameuse de ses manifestations, à savoir la cession d'une promesse unilatérale de vente, laquelle est admise en jurisprudence depuis le 19ème siècle[23]. Qu'il soit conclu de manière isolée ou qu'il prenne la forme d'une clause insérée dans un autre contrat, c'est donc en fonction du bien dont il prépare le transfert que l'avant-contrat est véritablement susceptible de circuler, à titre principal, ou à titre accessoire.

---

20 - S'agissant des biens, on a pu écrire que *« le véritable critère de la patrimonialité ne réside (...) pas, à proprement parler, dans le fait que tel ou tel bien est susceptible d'une estimation pécuniaire, mais plus radicalement dans l'accessibilité à l'échange »*, ce qui inclut l'intérêt de cet échange, A. Sériaux, La notion juridique de patrimoine. Brèves notations civilistes sur le verbe avoir, RTDciv. 1994, pp. 801 et s., spéc., n° 2, p. 805.

21 - Un auteur a en ce sens observé que *« unissant deux sociétés, la fusion les rend indissociables, l'une ayant alors les traits de l'autre et l'autre les expression de l'une : deux sociétés dont les caractéristiques sont confondues (...) mais qui ressemblent encore vaguement à ce qu'elles étaient sans être parfaitement identiques, qui demeurent deux tout en ne faisant plus qu'une »*, M. Dubertret, L'*intuitus personae* dans les fusions, Revue des sociétés, 2006, n° 1, p. 721. Rapp., P. Le Cannu, Droit des sociétés, Domat, 2ème éd., n° 1564, p. 947, selon lequel l'absorbante continue la personnalité de l'absorbée, *« sans lui être assimilable »*.

22 - Peu important la nature exacte du mécanisme par l'intermédiaire duquel le changement de partie est réalisé.

23 - Cass. civ. 21 janvier 1866, D.P., 1866, 1, 69. Solution confirmée depuis lors. V., notamment, Cass. 1ère civ. 28 novembre 1962, Bull. Civ., I, n° 509, p. 432 ; Cass. 3ème civ. 12 juin 1985, Bull. Civ., III, n° 95, p. 73.

Il a été écrit que les relations du droit des contrats et du droit des biens étaient d'une manière générale peu harmonieuses[24]. A l'échelle des avant-contrats, elles sont effectivement pour le moins complexes. Nous avons rappelé la difficulté qu'il y a à rendre compte du pacte de préférence. Il faut insister sur le paradoxe de ce contrat qui, sous couvert de conférer un simple droit personnel et éventuel au bénéficiaire, peut modifier définitivement – en l'absence de terme – le sort du bien. La promesse synallagmatique de vente reportant le transfert de propriété au moment de la réitération de l'acte devant notaire met en place une situation qui est au fond tout aussi étrange dans la mesure où il sera impossible d'affirmer sans embarras que l'une ou l'autre des parties est véritablement propriétaire du bien. On l'aura compris, c'est parce qu'ils maintiennent un bien dans un *équilibre plus ou moins précaire entre deux personnes* que les avant-contrats posent autant de problèmes.

Cet équilibre implique, d'une part, que le promettant ne soit pas privé de manière trop précoce de sa propriété, mais également, d'autre part, que les prérogatives du bénéficiaire ne soient pas pour autant illusoires. Or il est délicat d'assurer la circulation des avant-contrats sans remettre en cause l'équilibre recherché. En choisissant la personne à laquelle il concède un accès préférentiel à son bien, le promettant n'exerce-t-il pas la liberté (fondamentale) qu'il retire de sa qualité de propriétaire ? Ne peut-il dès lors s'opposer à un changement de bénéficiaire ? On comprend en tout état de cause que l'emprise plus ou moins forte qu'il conserve sur le bien peut contrarier la circulation de l'avant-contrat qui y conduit.

5.- Au-delà des biens, des personnes. La propriété est-elle seule à influencer la circulation des avant-contrats ? On se prend facilement à penser qu'il faut également, dans une certaine mesure, tenir compte de la personne des acteurs de l'opération. Au premier regard, la dimension préférentielle des avant-contrats conduisant à la propriété paraît en effet bien proche de l'*intuitus personae*. A l'examen, pourtant, il semble qu'en dehors de quelques cas exceptionnels, cette notion ne peut jouer ici que sous une forme atténuée et qu'elle se révèle parfaitement neutre. Précisons dès l'abord qu'il n'y a aucune raison de le regretter. La liberté du promettant est en effet prise en compte et protégée à travers l'exercice de son droit de propriété, tandis que la liberté du bénéficiaire est plus servie que menacée par la circulation des avant-contrat.

Ainsi, la circulation des avant-contrats nous semble devoir être comprise essentiellement à la lumière de la propriété à laquelle ils conduisent (section I) et qui laisse consécutivement dans l'ombre, la personne des acteurs de l'opération (section II).

24 - Il a ainsi été soutenu qu'il faudrait admettre une irréductible différence de nature entre le contrat – par essence un lien – et le droit réel, qui ne pourrait être une relation juridique, Chr. Atias-Letermy, Le transfert conventionnel de propriété immobilière, thèse Poitiers, 1974, n° 37 et s., p. 58 et s.

Section I - La circulation des avant-contrats et la propriété

6.- Une propriété à transmettre, à imputer et à protéger. L'influence de la propriété sur la circulation des avant-contrats ne lui est pas nécessairement favorable. En effet, si les biens sont par nature appelés à circuler, il ne faut pas oublier que cette circulation implique la liberté du propriétaire. Or cette liberté fait l'objet d'une protection tatillonne. A travers la propriété, le Conseil constitutionnel protège en effet le droit de disposer *librement* de son *patrimoine,* ce qui revient à rapprocher cette prérogative de la liberté contractuelle[25]. Quant à la Cour de cassation, elle n'hésite pas pour assurer cette protection à puiser dans la jurisprudence constitutionnelle qu'elle interprète parfois assez librement[26]. Qu'en est-il à l'échelle de l'avant-contrat ? Conformément à leur vocation et à des degrés divers, promesses de vente et pactes de préférence engagent le bien sur lequel ils portent dans un transfert dont certains éléments sont dores et déjà mis en place. Pour autant, ce transfert ne doit se faire que dans l'exacte mesure de ce qui subsiste de la liberté (contractuelle) du propriétaire. Il est en outre indispensable que la propriété ne reste pas trop longtemps sans titulaire déterminé et stable. Ainsi, l'accès à la propriété et le régime qui est le sien constituent respectivement la raison d'être de la circulation des avant-contrats (§ 1) et une entrave à sa réalisation (§ 2).

§ 1 : L'accès à la propriété, raison d'être de la circulation

7.- La propriété : une valeur, des utilités. La promesse de vente est tellement proche du bien qui en est l'objet qu'elle semble lui emprunter son aptitude particulière à circuler. L'influence de la propriété désirée sur la circulation de l'avant-contrat n'est toutefois pas la même selon que l'on voit dans la propriété une simple valeur ou la jouissance des utilités particulières de la chose. Dans le premier cas, la circulation de la promesse peut nourrir une spéculation absente du second. Pour cette raison, la liberté qui doit constituer le principe en la matière doit supporter quelques restrictions dans la première hypothèse, alors qu'elle se vérifie pleinement dans la seconde. Cette opposition peut contribuer à justifier la distinction, souvent dénoncée comme artificielle, entre la cession d'une promesse de vente et la mise en œuvre d'une clause de substitution dans le bénéfice de la promesse, car l'opposition des buts poursuivis semble bien se traduire par une différence dans les techniques mises en œuvre. A ces deux raisons d'accéder à la

25 - Cons. const., n°98-403 DC, 29 juillet 1998. A propos de cette décision, N. Molfessis (RTDciv. 1998, p. 799), et F. Zénati (RTDciv., 1999, p. 138) écrivent respectivement que *«la liberté de contracter vient implicitement puiser à sa meilleure source : la propriété »* et que *« le désaveu aurait pu être infligé (au législateur) sur le fondement de la liberté contractuelle ».*

26 - V. not., Cass. 3ème civ.,13 décembre 2005, RLDC, janvier 2007, p. 61, note G. Pillet.

propriété (A), correspondent ainsi deux manières de faire circuler l'avant-contrat (B).

A. Deux raisons d'accéder à la propriété

8. – Une propriété instrumentalisée par le cédant. Comme toute cession de contrat, la cession d'une promesse de vente ne recouvre pas nécessairement une opération spéculative. Mais elle favorise ce type d'opération. A cet égard, il est particulièrement révélateur que les seules règles posées par le législateur en matière de cession de promesse de vente aient eu pour objet de lutter contre la spéculation. Telle est manifestement la raison d'être de l'enregistrement imposé à peine de nullité depuis la loi de finance de 1963[27] pour la cession de certaines promesses unilatérales de vente[28] et de l'interdiction faite aux professionnels de l'immobilier, depuis 1993[29], de céder à titre onéreux les droits qu'ils tiennent d'une promesse de vente d'immeuble. La spéculation passe par une cession dont le bénéficiaire initial a la maîtrise ; il cède sa promesse comme on revend une chose dont la valeur a cru alors que le prix porté par la promesse est intangible. Peu intéressé par les utilités concrètes de l'objet de la promesse il renonce irrévocablement à accéder à sa propriété. La situation est très différente en présence d'une clause de substitution.

9. – Une propriété utile au substitué. S'il est contestable de conférer à tous les droits subjectifs une finalité sociale, il est possible de soutenir que les droits d'origine contractuelle ont une finalité « micro-sociale »[30] qui détermine réellement leur vigueur[31]. Dans cette perspective, il faut admettre qu'à un type de clause contractuelle donné, correspond une finalité particulière[32]. A quelle finalité répond la clause de substitution ? Lorsque, au-delà d'un résultat, elle désigne un mécanisme original, cette clause permet au bénéficiaire d'attribuer au tiers de son choix le droit de se substituer à lui dans le bénéfice de la promesse par un acte unilatérale de volonté[33]. Autre chose est de vouloir monnayer pour son propre compte le bénéfice d'une promesse de vente, autre chose est

27 - Obligation d'enregistrement aujourd'hui imposée par l'article 1589-2 du code civil.

28 - Le texte vise « toute promesse de vente afférente à un immeuble, à un droit immobilier, à un fonds de commerce, à un droit à un bail portant sur tout ou partie d'un immeuble ou aux titres des sociétés visées aux articles 728 et 1655 ter ».

29 - Art. 52 de la loi du 29 janvier 1993, relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques.

30 - Ph. Stoffel-Munck, L'abus dans le contrat, essai d'une théorie, LGDJ, 2000, n° 637, p. 470.

31 - Ph. Stoffel-Munck, *op. cit.*, n° 665, p. 487.

32 - Rapp. Ph. Stoffel-Munck, *op. cit.*, n° 670 et s., p. 490 et s.

33 - V., notre thèse, La substitution de contractant à la formation du contrat, Bibliothèque de l'Institut André Tunc, 2004, tome 1, n° 90 à 92, p. 93 à 98. V. également, notre note sous, Cass. 3ème civ. 28 juin 2006 (deux arrêts), JCP 2007, II, 10015, spéc., p. 30.

d'insérer, dans l'intérêt d'un tiers, une faculté de substitution lui permettant de s'imposer comme son bénéficiaire le plus légitime. La clause joue précisément en réaction à un contexte spéculatif, à savoir en présence de biens pour l'acquisition desquels la concurrence est particulièrement vive (ventes immobilières, instruments financiers, fonds de commerce, brevets ...). L'idée est alors de soustraire leur acquisition aux seules lois du marché pour *en offrir un accès préférentiel* à une personne *choisie en raison de ses qualités propres*[34]. L'éventuel substitué choisira d'accéder à la propriété pour jouir en principe durablement de ses utilités concrètes et non seulement pour sa valeur. Il a d'ailleurs été rappelé que, le plus souvent dans la pratique, la finalité de l'opération était d'ordre familial[35]. L'économie de la clause laisse d'ailleurs apparaître l'absence de caractère spéculatif puisqu'elle prive, à terme, le bénéficiaire initial de la promesse de la maîtrise de la situation. En principe, c'est le tiers désigné par la clause de substitution qui décide en dernière instance si la promesse lui revient ou non[36].

Il apparaît alors que ce ne sont pas des considérations fiscales qui guident la jurisprudence lorsqu'elle persiste à juger que l'exercice de la clause de substitution dans les promesses unilatérales de vente ne constitue pas une cession soumise à enregistrement[37]. Le régime fiscal particulier accordé à la mise en œuvre d'une clause de substitution dans une promesse unilatérale de vente tient compte de la volonté des parties plus qu'il ne l'influence[38].

B. Deux manières d'accéder à la propriété

10. - Un contrat translatif. Pour utiliser à des fins spéculatives la promesse qui lui a été faite, le bénéficiaire doit en avoir la pleine maîtrise. On ne peut vendre que ce qui nous est propre. La position contractuelle qu'il s'agit de monnayer est dès l'origine exclusivement celle du bénéficiaire et elle ne parvient au tiers que par son intermédiaire. Le tiers reçoit du bénéficiaire et de lui seul la situation juridique qui était la sienne ; il est son ayant-cause. C'est bien d'un mécanisme translatif qu'il s'agit. Il faut préciser l'objet de cette transmission. La situation juridique ainsi transmise ne doit pas être confondue avec une simple créance.

34 - V., notre thèse, précitée, n° 405 et s., p. 345 et s., spéc., n° 409 et 410, p. 352 et 353.

35 - M. Dagot, De la disqualification d'un compromis de vente comportant une clause de substitution , JCP 2002, I, 1374.

36 - V. *infra,* n° 11.

37 - V., par ex., Cass. 3ème civ. 19 mars 1997, Bull. Civ., III, n° 68, p. 44, D. 1997, somm., obs. O. Tournafond ; JCP 1997, I, 4039, obs. M. Billiau.

38 - Comp., estimant que l'article 1840-A du code général des impôts *« a largement contribué (si l'on ose dire) à la construction du droit civil des promesses unilatérales de contrat »*, B. Fages, obs. sous, Cass. com. 15 janvier 2002, RTDciv. 2002, p. 505.

Le droit d'option du bénéficiaire est un droit potestatif[39] qui consiste à pouvoir agir *unilatéralement* sur le contrat de promesse pour le modifier, c'est à dire le transformer en vente. Cette prérogative ne peut pas être détachée du contrat qui en constitue l'assiette[40]. La céder, ce n'est pas céder une créance, c'est céder le contrat. La faculté de substitution organise un changement de même ampleur, mais selon un mécanisme d'une nature bien différente.

11.- L'exercice unilatéral d'un droit potestatif. Nous l'avons dit, en stipulant une faculté de substitution, le bénéficiaire initial de la promesse n'a pas en vue de monnayer sa position contractuelle. Il envisage lui-même d'accéder à la propriété. Simplement, en stipulant cette faculté il a admis que la promesse pouvait tout aussi bien servir les intérêts d'un autre et, plus profondément, que ceux-ci pourraient prévaloir. La traduction technique de cet objectif doit donc conférer au tiers choisi la maîtrise de la situation. Cela peut surprendre dans la mesure où c'est le bénéficiaire de la promesse qui prend l'initiative de déclencher le jeu de la clause de substitution. Mais ce faisant, il se borne à proposer au tiers de prendre sa position contractuelle et lui *attribue* à cette fin *un droit potestatif de substitution* dans la promesse[41]. Si le tiers décide d'intégrer la promesse, il tiendra ses droits, non du bénéficiaire initial qu'il évince, mais de l'exercice de son droit de substitution. Il n'est donc pas l'ayant-cause du bénéficiaire ce qui condamne l'analyse translative du mécanisme. La possibilité pour le substitué de se rétracter unilatéralement et de redonner ainsi qualité au bénéficiaire initial pour lever l'option[42] est d'ailleurs totalement incompatible avec le caractère irrévocable de toute cession. Il reste cependant à expliquer comment un tiers peut intégrer une situation juridique à laquelle il était jusqu'à lors étranger, sans pour autant la recevoir de son prédécesseur. C'est la particularité des actes *acquisitifs*[43]. Tel est l'acte que l'on réalise en exerçant unilatéralement un droit potestatif de substitution.

Au final, qu'elle soit motivée par la valeur ou les utilités particulières des biens auxquels les avant-contrats conduisent, leur circulation est dans son principe assez libre. Pour autant, on ne peut affirmer qu'elle ne comporte aucune restriction autre que légale. Le régime de la

39 - Les droits potestatifs sont des « pouvoirs par lesquels leurs titulaires peuvent influer sur les situations juridiques préexistantes en les modifiant, les éteignant ou en en créant de nouvelles au moyen d'une activité propre unilatérale », I. Najjar, Le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral, LGDJ, 1966, n° 99, p. 102. V. également, S. Valory, La potestativité dans les relations contractuelles, PUAM, 1999.

40 - Sur les liens unissant les droits potestatifs au contrat dont ils sont issus, v., L. Aynès, La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes, Economica, 1984, n° 83 et 84, p. 70.

41 - Droit potestatif qui lui permet d'imposer l'imputation du contrat à son profit. Sur ce point, v., notre thèse, précitée, n° 90 et s., p. 85 et s.

42 - Cass. 3ème civ. 27 avril 1988, D. 1989, 65, obs. I. Njjar.

43 - R. Merle, Essai de contribution à la théorie générale de l'acte déclaratif, 1948, n° 41.

propriété qui motive cette circulation lui apporte des limites que l'on cerne mal à défaut d'en reconnaître l'origine.

§ 2 : Le statut de la propriété, entrave à la circulation

12.- Sans que cela soit immédiatement apparent, la propriété peut parfois, contrarier la circulation des avant-contrats. Deux raisons peuvent être dégagées. D'une part, la circulation des avant-contrats rend provisoirement impossible l'identification certaine du futur propriétaire. Or la multiplication des acquéreurs potentiels n'est pas de nature à rassurer les tiers, et notamment les créanciers ou ayant-causes des protagonistes de l'opération. Fixer le plus tôt possible l'identité du futur propriétaire est donc un impératif qui explique certaines limites posées en jurisprudence à la circulation des avant-contrats. D'autre part, la protection du droit de propriété – droit fondamental – passe par la protection de la liberté de disposer qui est comprise en jurisprudence comme une invitation à respecter au mieux le choix par le promettant du futur propriétaire de son bien. Dès lors la circulation des avant-contrats sera entravée dans la mesure de ce qu'exige la sécurité des tiers (A) et la liberté du propriétaire (B).

A. La sécurité des tiers

13.- L'identité incertaine du futur propriétaire. Dans une certaine mesure, tout avant-contrat rend difficile la détermination du statut exact du bien sur lequel il porte. Tel est le cas en présence de certaines promesses synallagmatiques de vente. Lorsque le transfert est reporté à l'exécution de l'obligation de réitérer la vente par acte authentique, les pouvoirs de chacune des parties sur le bien ne peuvent être aisément déterminés. La situation semble plus simple en présence d'une promesse unilatérale de vente ou d'un pacte de préférence tant on est sûr que le transfert n'a pas encore eu lieu. Mais il n'en reste pas moins que la perspective de leur circulation est de nature à rendre incertaine l'identité de l'acquéreur futur. Cette incertitude n'est pas trop gênante lorsque la circulation passe par une cession de la promesse car le changement de bénéficiaire est nécessairement réalisé, d'une part, de manière *irrévocable*, et, d'autre part, *avant* le transfert de propriété. En effet, le transfert de propriété est par nature instantané et le titre de propriété[44] est donc incessible. On ne cède pas un contrat de vente, on réalise une seconde vente.

La situation est plus troublante en présence d'une faculté de substitution. La promesse peut alternativement et indifféremment être

44 - Le titre de propriété consiste à avoir eu la qualité de partie à l'acte d'acquisition à l'instant où le transfert de propriété se réalise.

imputée au bénéficiaire initial ou au tiers titulaire du droit de substitution, ce qui permet d'ailleurs à celui-ci, comme nous l'avons vu, de revenir sans dommage sur sa décision. La situation est d'autant plus imprévisible que le mécanisme n'étant pas translatif, il n'existe *a priori* aucune raison d'en limiter le jeu à la période précédant le transfert de propriété. On comprend que les juges du fond aient régulièrement tenté de limiter le champ d'application de ce mécanisme original.

14.- L'incertitude cantonnée artificiellement au domaine de la promesse unilatérale. C'est en effet parce que la clause de substitution a longtemps suscité la méfiance des juges qu'ils se sont efforcés en réaction d'en cantonner le domaine. Le mouvement le plus significatif a consisté à n'accueillir cette clause que dans les promesses unilatérales de vente. Dans ce registre, la cour d'appel de Paris s'est particulièrement illustrée en jugeant à plusieurs reprises[45] que la faculté de substitution était incompatible, d'une part, avec le caractère instantané d'un contrat de vente et, d'autre part, avec l'exigence d'un engagement personnel du bénéficiaire d'une promesse synallagmatique. Ces deux considérations conduisent à limiter le domaine de la clause à celui de la promesse unilatérale. Par ailleurs, et pour d'autres raisons, une partie de la doctrine enseignait depuis longtemps que l'originalité de la faculté de substitution tenait à son articulation au droit d'option né de la promesse unilatérale de vente. Notamment, Louis Boyer y voyait un mécanisme par lequel *« un simple pouvoir* (le droit d'option) *peut être exercé par un autre que celui auquel il avait été confié »*[46].

Cependant, au-delà des justifications techniques mises en avant, on constate qu'il s'agit toujours de ne tolérer d'incertitude quant à l'identité de l'acquéreur potentiel que lorsque le transfert est lui-même incertain. Le raisonnement sous-jacent semble pouvoir être formulé ainsi : il est déjà suffisamment inconfortable de ne pas pouvoir identifier avec certitude le bénéficiaire potentiel d'un transfert éventuel, comment pourrait-on raisonnablement admettre que, même provisoirement, l'identité de l'acquéreur soit incertaine alors que le transfert de propriété est irrévocablement décidé ? La Cour de cassation a pourtant vaincu ces réticences sans abandonner toute précaution.

15.- L'incertitude admise jusqu'au transfert de propriété : la possibilité de stipuler une clause de substitution dans une promesse synallagmatique de vente. La jurisprudence de la cour d'appel de Paris a été brisée

45 - Paris, 7 septembre 2000, D. 2002, somm. p. 924, obs. Ph. Brun. Paris, 10 juin 2004 et 3 février 2005, inédits, cassés par Cass. 3ème civ. 28 juin 2006, n° 05-16084, FP-P+B+R+I, D. 2006, jurisp., p. 2439, note M. Béhar-Touchais. Paris 25 novembre 2004, inédit, cassé par Cass. 3ème civ. 28 juin 2006, n° 05-11897, inédit.

46 - L. Boyer, Clause de substitution et promesse unilatérale de vente, JCP 1987, I, 3310, n° 24, b). Rapp. E. Jeuland, Essai sur la substitution de personne dans un rapport d'obligation, LGDJ, 1999, n° 92 et s., p. 83 et s., pour lequel la clause de substitution permet au tiers de mettre en œuvre le droit que le bénéficiaire ne veut plus exercer sans que ce dernier ne disparaisse du rapport juridique originaire.

par deux arrêts rendus le 28 juin 2006 par la 3ème chambre civile de la Cour de cassation[47]. Au visa des articles 1589 et 1134 du code civil, la Cour de cassation a en effet jugé que *« la faculté de substitution stipulée dans une promesse de vente est sans effet sur le caractère unilatéral ou synallagmatique du contrat »*. S'il faut comprendre que le mécanisme que met en œuvre la clause de substitution joue, sans perdre sa nature singulière[48], aussi bien dans les promesses synallagmatiques que dans les promesses unilatérales, alors la Cour de cassation considère que l'identité de l'acquéreur du bien peut être incertaine *alors même que le transfert de propriété ne dépend pas de l'exercice d'un droit d'option*.

Un auteur en a déduit qu'il faudrait admettre que la faculté de substitution stipulée dans une promesse unilatérale de vente puisse continuer à jouer après que la levée de l'option a fait basculer les parties dans les liens d'une promesse synallagmatique de vente[49]. Il est ainsi affirmé que *« la seule limite théorique de l'exercice de la faculté de substitution réside dans le transfert de propriété. Une fois la propriété transférée, l'acheteur devient propriétaire et toute substitution devient alors impossible, sauf à considérer qu'il y a revente du bien, c'est à dire conclusion d'un nouveau contrat entre des parties différentes »*[50].

Nous ne pensons pas qu'il en soit ainsi. Dans la perspective qui est la nôtre, stipuler une clause de substitution dans une promesse synallagmatique n'emporte pas les mêmes risques que le fait de faire jouer après la levée de l'option une faculté de substitution stipulée dans une promesse initialement unilatérale. Les deux situations peuvent être considérées comme suffisamment différentes pour recevoir un traitement distincts. Examinons les à la lumière de l'exigence dégagée plus haut, à savoir ne pas ignorer trop longtemps l'identité du futur propriétaire.

16.- Les limites tenant à la structure du droit de substitution. Lorsqu'une promesse *unilatérale* de vente est assortie d'une clause de substitution, sans que son délai d'exercice ne soit fixé par les parties, il est normal que le droit de substitution qui en résulte s'éteigne avec la situation particulière sur laquelle il porte. La nature de cette prérogative l'impose. Comme tout droit potestatif d'option, le droit de substitution a pour assiette une situation juridique donnée, qu'il permet à son titulaire de transformer selon les branches d'une alternative prédéterminée. Le régime du droit potestatif d'option est dominé par la nécessité de mettre rapidement un terme à l'incertitude qu'il crée. C'est pourquoi ce

47 - Cass. 3ème civ. 28 juin 2006, n° 05-16084, FP-P+B+R+I, D. 2006, jurisp., p. 2439, note M. Béhar-Touchais et 05-11897, inédit ; v. également, notre note, JCP 2007, éd. G, II, 10015. La solution a implicitement été réitérée par Cass. 3ème civ. 6 décembre 2006, n° 05-18.421, inédit, RDC 2007, p. 363, obs. F. Collart-Dutilleul.

48 - *Contra*, M. Béhar-Touchais, note précitée.

49 - F. Collart-Dutilleul, obs. sous, Cass. 3ème civ. 6 décembre 2006, n° 05-18.421, RDC 2007, 2, p. 363 et 364.

50 - F. Collart-Dutilleul, La durée des promesses de contrat, RDC 2004, p. 15 et s., spéc., p. 24. V., également, obs. sous, Cass. 3ème civ. 6 décembre 2006, précitées.

droit ne peut jamais être exercé de manière conditionnelle. La même raison impose qu'en l'absence de délai imposé, le droit d'option ne puisse survivre à la situation qui constitue son objet. La durée de la faculté de substitution doit être celle de la promesse unilatérale pour laquelle spécialement il a été conçu. Ce n'est pas dire pour autant que la promesse unilatérale disparaît totalement à compter de la levée de l'option et qu'il n'existe aucune continuité entre les étapes qui conduisent au contrat préparé. Simplement, tous les accessoires ne doivent pas nécessairement avoir la même durée. Il n'est donc pas question de condamner les clauses qui peuvent conserver leur utilité en dépit de la levée de l'option[51] ; il s'agit simplement d'admettre que la transformation de la promesse unilatérale suffit, en l'absence de toute clause contraire, à justifier la disparition de la clause de substitution. Le même principe aboutit à une solution différente lorsque la clause de substitution est stipulée dans une promesse *synallagmatique* distincte de la vente. La durée d'exercice de cette faculté est également celle de la promesse pour laquelle elle a été prévue, mais sa limite est alors le transfert de propriété lui-même.

On comprend dès lors qu'à vouloir prolonger le droit de substitution au-delà de la promesse (qu'elle soit unilatérale ou synallagmatique) on met en place une situation dont la clarification est, en l'absence de délai stipulé, indéfiniment reportée. C'est donc assez logiquement que la Cour de cassation a jugé le 19 décembre 2001[52] qu'il n'était plus possible de réaliser la substitution d'un tiers *« dans le bénéfice de la promesse de vente qui par l'effet de la levée de l'option avait cessé d'exister »*. Dans cette affaire, l'option avait été levée par un bénéficiaire substitué agissant pour le compte d'une SCI qu'il avait entrepris de constituer. La société n'ayant jamais été régularisée, celui qui avait agi en son nom avait tenté de s'en dégager en faisant jouer la faculté de substitution au profit des bénéficiaires originels. C'était oublier qu'en application de l'article 1843 du code civil, faute pour la personne morale envisagée de reprendre les actes fait en son nom, il s'était trouvé engagé, à compter de la levée de l'option, dans les liens d'une promesse désormais synallagmatique. La sécurité juridique implique que le droit d'option disparaisse en principe au moment où la situation sur laquelle il porte se transforme radicalement.

17.- Les clauses contraires. Fondée sur un impératif de sécurité juridique, la restriction cède cependant chaque fois qu'elle n'est pas indispensable pour atteindre cet objectif. Ainsi, il est possible de stipuler une clause de substitution dans un avant-contrat tout en prévoyant

51 - Soulignant l'intérêt de maintenir ces clauses et citant en ce sens les conditions suspensive affectant la vente préparée, F. Collart-Dutilleul, obs. sous Cass. 3ème civ. 19 décembre 2001, n° 98-21747, inédit, RDC 2004, p. 683 et s., spéc., p. 686.

52 - Cass. 3ème civ. 19 décembre 2001, n° 98-21.747, inédit, RDC, 2004, p. 683 et s., obs. F. Collart-Dutilleul.

qu'elle pourra jouer *après* la réalisation de la vente, pour peu que son exercice soit enfermé dans un délai suffisamment bref. Tel est le cas lorsqu'un droit de substitution est accordé à une personne déterminée par une clause du cahier des charges établie en vue d'une vente sur adjudication[53].

La nécessité de déterminer au plus tôt l'acquéreur futur du bien étant acquise, il faut voir maintenant dans quelle mesure cette détermination relève de la liberté du propriétaire du bien, car il s'agit d'une liberté que l'on ne saurait excessivement restreindre.

B. La liberté du propriétaire

18.- Libre disposition du bien ou *intuitus personae* ? Nous avons essentiellement raisonné jusqu'à présent sur l'hypothèse de la clause de substitution qui permet de faire circuler, à titre principal, un avant-contrat. La perspective est nettement différente lorsque l'avant-contrat est appelé à circuler à titre accessoire. Tel est le cas lorsqu'il est intégré dans un autre contrat sous la forme d'une simple clause. Cela est fréquent s'agissant du pacte de préférence. La difficulté peut alors être formulée ainsi : le pacte de préférence suit-il nécessairement le contrat dont il semble n'être que l'une des clauses ? Par exemple, le cessionnaire d'un bail est-il en cette seule qualité bénéficiaire du pacte de préférence qu'il contenait ? L'avant-contrat peut également apparaître comme l'accessoire non plus d'un contrat, mais de la chose dont il prépare la vente. La cession du bien entraîne-t-elle transfert de la promesse de vente ou du pacte de préférence ? Pour celui qui s'efforce de répondre à ces questions, il ne suffit pas nécessairement de se demander si le pacte de préférence a été conclu *intuitu personae*. Cela est évident lorsque la question découle de l'aliénation du bien objet de l'avant-contrat parce que l'on ne voit pas comment la personne du propriétaire pourrait être déterminante. Mais l'hésitation est permise lorsque l'on envisage la circulation d'un avant-contrat qui constitue l'une des clauses d'une convention plus vaste.

Nous aurons l'occasion d'étudier pour lui-même sur le rôle joué par l'*intuitus personae* en notre domaine[54]. A ce stade de l'étude, il s'agit simplement de montrer qu'il est préférable de considérer la question à la lumière du droit reconnu au propriétaire de disposer librement de son bien. A cette fin, il faut insister sur le fait que le pacte de préférence n'est qu'une version conventionnelle du droit de préemption. Or celui-ci a été perçu comme une atteinte au *droit de disposer* de son bien au profit d'un acquéreur *librement choisi*[55] à tel point que son développe-

53 - Pour une illustration, v., notamment, Cass. 1ère civ. 7 octobre 1997, D. 1998, p. 145, conclusions J. Sainte-Rose ; Cass. 1ère civ. 13 janvier 1993, inédit, n° 91-13851.

54 - *Infra*, n° 22 et s.

55 - C. Saint-Alary-Houin, Le droit de préemption, LGDJ, 1979, n° 316 et s., p. 293 et s. L'auteur estime que le bien est frappé d'inaliénabilité à l'égard des personnes autres que le titulaire du droit de préemption.

ment en matière immobilière a parfois été compris comme une résurrection du domaine éminent de l'ancien régime.

On retrouve en arrière plan un problème commun aux pactes de préférences et aux promesses de vente. En présence de ces contrats, la Cour de cassation semble n'avoir d'autre préoccupation que de tirer les plus larges conséquences de ce qu'ils n'ont pas d'effet translatif. Les juges s'efforcent en conséquence de priver le bénéficiaire de toute emprise sur le bien. C'est ce qui explique que la jurisprudence reconnaisse l'efficacité de la violation d'une promesse unilatérale de vente[56] mais non celle d'une promesse de bail[57]. C'est ce qui explique également le refus de reconnaître que le pacte de préférence est une restriction au droit de disposer qui pourrait être soumise à publicité obligatoire[58]. Et si la Cour de cassation admet désormais que la violation du pacte de préférence puisse être sanctionnée par la nullité de la vente au tiers et la substitution du bénéficiaire à l'acquéreur[59], sa volonté intacte de protéger la liberté de disposer du promettant la pousse à subordonner cette sanction à la réunion de conditions draconiennes. Dans toutes ces hypothèses, il s'agit avant tout de dire que le bénéficiaire ne doit jamais être en mesure d'imposer le transfert de la propriété à son profit. Raisonnant plus particulièrement sur l'absence de sanction efficace du pacte de préférence, avant le 26 mai 2006, un auteur a vu dans cette réticence une « intuition jurisprudentielle », à savoir la volonté de ne pas trahir l'absence d'efficacité de la publicité des droits personnels en les assortissant d'une sanction qui, contournant cet obstacle, conduirait indirectement à une assimilation aux droits réels[60]. On peut, nous semble-t-il, y voir en amont et plus largement la volonté de ne pas trahir l'absence d'effet translatif des avant-contrats en accordant au bénéficiaire des prérogatives qui porteraient trop profondément atteinte à la liberté de disposer du propriétaire. De manière significative, la Cour de cassation ne cesse pour y parvenir de rappeler que le pacte de préférence donne selon elle naissance à une « créance de nature personnelle »[61].

Tout conduit à penser que cette crainte ne quitte pas les juges lorsqu'ils sont confrontés à la question du transfert du pacte de préférence à titre d'accessoire d'un contrat. Elle les conduit alors à estimer que le transfert de propriété envisagé dans le cadre du pacte ne doit pas sans l'accord du promettant suivre une autre orientation que celle qu'il lui avait initialement donnée.

---

56 - Cass. 3ème civ. 15 décembre 1993, Bull. Civ., III, n° 174, p. 115.

57 - Cass. 3ème civ. 6 avril 2004, RDC 2004, p. 969, obs. F. Collart-Dutilleul.

58 - Cass. 3ème civ. 16 mars 1994, D. 1994, jurisp., p. 341, note A. Fournier.

59 - Ch. mixte 26 mai 2006, Bull., ch. mixte, n° 4, p. 13. Sur cette décision, v., notamment, RTDciv., 2006, p. 550, obs. J. Mestre et B. Fages ; JCP 2006, I, 176 obs. F. Labarthe ; JCP 2006, II, 10142, note L. Leveneur.

60 - R. Wintgen, Etude critique de la notion d'opposabilité, Les effets des contrats à l'égard des tiers en droit français et allemand, LGDJ 2004, n° 257, p. 224 et 225 et n° 261, p. 229.

61 - En dernier lieu, Cass. com. 13 février 2007, n°05-17296, FS, P-B+R+I.

19.- La liberté de disposer du propriétaire, limite à la circulation *active* des avant-contrats à titre accessoire. La réaction de la Cour de cassation apparaît dès lors assez paradoxale. D'un côté, en insistant inutilement sur la nature personnelle du droit de créance, elle s'évertue à convaincre de ce que le pacte de préférence ne confère aucun pouvoir au bénéficiaire sur le bien dont il ne modifierait en rien le statut. Mais, d'un autre côté, elle en limite la circulation en raison et dans l'exacte mesure de l'atteinte que cet acte porte à la liberté de disposer du propriétaire. Que cette liberté soit méconnue et la circulation de l'avant-contrat est écartée ; qu'elle soit préservée et la circulation du pacte est admise en jurisprudence. La question est toujours de savoir si le propriétaire a, d'une manière quelconque, donné son assentiment au changement de bénéficiaire.

Ainsi, on peut considérer qu'en jugeant le 13 février 2007 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 le bail »*[62], la Cour de cassation n'entend pas affirmer que tout pacte de préférence est par nature conclu *intuitu personae* de sorte que sa cession à titre accessoire serait toujours impossible[63]. Cette formule nous semble simplement traduire la volonté de la Cour de cassation de ne pas étendre au-delà des prévisions initiales, l'atteinte portée à la liberté de disposer du propriétaire par cet avant-contrat. Toute restriction au droit de disposer doit être interprétée strictement[64]. Certes, le pacte objet du litige avait été déclaré incessible aux tiers, mais, même si tel n'avait pas été le cas, la solution aurait été la même en ce sens que le consentement du promettant aurait été exigé.

Lorsque cette exigence est remplie, la circulation peut intervenir. Cependant, l'accord du propriétaire ne résulte pas du seul fait qu'il ait déclaré maintenir au profit du cessionnaire les *clauses et conditions* du bail initial[65]. Cela ne pourrait être suffisant que si le pacte avait constitué un élément indissociable du bail[66]. En l'absence de cette indivisibilité, rien ne permet de prolonger la restriction consentie par le bailleur au droit de disposer de son bien. En revanche, il est jugé que le pacte de préférence consenti au preneur sous la forme d'une clause accessoire du bail commercial est transféré au cessionnaire de ce bail dès lors que le promettant intervient à la cession du bail et accepte la

62 - Cass. com. 13 février 2007, précité, JCP, E, 2007, 1523, obs. J. Monéger. C'est nous qui soulignons. *Contra*, admettant la cession du pacte aux motifs qu'il s'agit d'une application des clauses du bail, lequel n'a pas été modifié par le plan arrêté par le tribunal, Paris, 14 septembre 1993, LPA, 1994, 1, 23, obs. J.-P. Marchi.

63 - Comp., L. Ruet, obs. sous Cass. com. 13 février 2007, précité, Defrénois, 30 mai 2007, p. 775 et s.

64 - P.-Y. Gautier, obs. sous Cass. com. 13 février 2007, précité, RTDciv. 2007, p. 638.

65 - Cass. com. 13 février 2007, précité ; Cass. 3ème civ. 21 décembre 1988, inédit, n° 87-14943.

66 - C'est ce qui résulte d'une lecture *a contrario* de Cass. 3ème civ. 21 décembre 1988, précité.

substitution de bénéficiaire[67]. Il semble légitime de considérer que si la liberté de disposer n'avait pas été en cause, la volonté manifestée par le promettant de maintenir le bail « aux mêmes conditions », aurait pu être considéré comme valant consentement à la cession[68].

20.- La restriction au droit de disposer, limite à la cession *passive* des avant-contrats à titre accessoire ? Si seule une extension de la restriction au droit de disposer est combattue, son maintien dans les termes initiaux, à la charge du nouveau propriétaire du bien, devrait théoriquement être admis. Il faut en réalité distinguer. La transmissibilité passive du pacte aux ayants cause à titre *universel* du promettant est en effet consacrée en jurisprudence. En revanche, la cessibilité aux ayants cause à titre *particulier* du promettant pose plus de difficultés. Ne suffit-il pas en ce domaine de considérer que les dettes liées à un bien de telle manière qu'elles ne peuvent plus être exécutées que par le nouveau propriétaire de ce bien lui sont logiquement transmise ? Pour peu que celui-ci se soit porté acquéreur en connaissance de cause, rien ne paraît s'opposer au transfert de l'engagement[69]. Pourtant, au-delà de la résistance que rencontre l'idée d'une transmission des dettes à titre particulier, il faut rappeler que l'engagement né du pacte de préférence pose une difficulté singulière.

La question de sa cessibilité passive ne peut en effet se poser dans toute sa particularité que si l'aliénation ne constitue pas en réalité une violation du pacte de préférence. La restriction au droit de disposer ne pourrait évidemment pas être transmise à l'occasion de sa violation. Mais que penser lorsque l'aliénation du bien n'est pas de nature à déclencher la préférence ? La promesse est-elle alors transmise au cessionnaire du bien ? On peine à trouver une réponse en jurisprudence. Un arrêt récent[70] a parfois été analysé comme admettant dans une telle hypothèse la transmission de l'engagement de préférence[71]. Avant d'être placé en liquidation judiciaire, le propriétaire d'un fond de commerce avait consenti sur ce fonds et sur le droit au bail un droit de préférence au propriétaire de l'immeuble dans lequel il l'exploitait. Le liquidateur judiciaire, dûment autorisé par le juge commissaire, avait cédé à un tiers une unité de production comprenant le fonds et le droit au bail. Devant les juges du fond, le bénéficiaire de la préférence avait

67 - Cass. 3ème civ. 14 février 2007, n° 05-21814, FS+P+B.

68 - A moins de considérer que, dans l'arrêt du 13 février 2007, c'est la présence d'une clause affirmant l'incessibilité du pacte qui ait privé la formule de cette portée. Sur l'exigence du consentement du cédé pour toute cession conventionnelle de contrat, v. *infra*, n° 32.

69 - Du Garreau de la Méchenie, De la vocation de l'ayant cause à titre particulier aux droits et obligations de son auteur , RTDciv. 1944, p. 219 et s., spéc., p. 236 et 237.

70 - Cass. com. 13 février 2007, n° 06-11289, FS, P+B+R+I, JCP E, 1523, obs. J. Monéger.

71 - P.-Y. Gautier, obs. précitées, sous Cass. com. 13 février 2007. L'auteur considère que *« l'obligation de préférence était passé eau nouveau propriétaire de la chose en tant qu'accessoire qui s'y trouve attaché »*.

en vain fait opposition à l'ordonnance autorisant cette cession, la cour d'appel ayant considéré que la clause stipulant la préférence avait été privée d'effet en raison du caractère définitif de la cession judiciaire intervenue. La Cour de cassation a cassé l'arrêt aux motifs que le liquidateur judiciaire « était tenu de respecter la clause du bail stipulant un droit de préférence au profit du bailleur ». Cette motivation ne nous semble pas compatible avec l'idée d'un transfert de l'engagement à l'acquéreur du bien. Le fait que l'on ait jugé le *liquidateur* obligé de respecter le pacte, démontre que l'aliénation de l'unité de production était en réalité de nature à déclencher le jeu du pacte de préférence et donc que l'engagement n'avait pas été *transféré* mais devait être *opposé* au cessionnaire de l'unité de production au profit du bénéficiaire Comprise ainsi, la solution est classique[72]. En l'absence de règle posée par la jurisprudence, ce sont donc les stipulations du pacte qui détermineront sont éventuelle transmission à l'ayant cause à titre particulier du promettant.

Au terme de cette première partie, il apparaît nettement que la question de la circulation des avant-contrats gagne à être étudiée à la lumière de la propriété dont ils préparent le transfert. Le choix de ce prisme semble d'autant plus pertinent que l'ombre ainsi projetée sur les personnes impliquée par l'opération ne donne pas une image tronquée de la réalité. Leur influence sur la circulation de ce type de contrats peut être considérée comme négligeable. C'est ce qu'il nous faut désormais vérifier.

Section II – La circulation des avant-contrats et les personnes

21.- De quelle manière et dans quelle mesure la circulation des avant-contrats est-elle influencée par leur dimension personnelle ? Pour répondre précisément à cette interrogation, il ne suffit pas de dire qu'en principe la circulation d'un contrat est impossible lorsqu'il a été conclu en considération de la personne et permise dans le cas contraire. Formulée de manière aussi générale, la réponse est insuffisante pour deux raisons. La première, c'est qu'il faut déterminer si l'*intuitus personae* est, dans les avant-contrats qui nous occupent, plus ou moins présent qu'ailleurs. Une particularité conduit à en douter. Nous y avons insisté, les avant-contrats susceptibles de circuler tirent cette particularité de leur très grande proximité avec le titre de propriété auquel ils conduisent. N'est-il pas dès lors naturel que ce soit le bien qui exerce la plus forte influence sur la circulation de l'opération ? Tel semble bien être le cas. On peut raisonnablement considérer qu'en matière d'avant-contrat, l'*intuitus personae* ne joue pas naturellement

72 - V. également, Cass. com. 23 janvier 1996 D. 1996, p. 310, obs. F. Derrida. Il y est jugé que le liquidateur qui décide de la cession d'une unité de production comprenant des parts sociales objet d'un pacte de préférence au profit des autres associés doit respecter ce pacte.

mais au gré d'une volonté qui s'exprime rarement en ce sens et qui lui donne alors une intensité assez faible. La catégorie des avant-contrats conduisant à la propriété laisse peu de place à l'*intuitus personae* (§ 1). La deuxième raison qui commande de préciser la réponse tient au régime auquel obéit leur circulation. Qu'elle soit conventionnelle ou légale, la circulation des avant-contrats obéit à un régime qui est en principe indifférent à la présence de l'*intuitus personae* (§ 2).

§ 1 : Des avant-contrats laissant peu de place à l'*intuitus personae*

22.- Quels que soient les contours que l'on donne à l'*intuitus personae* (A), deux raisons limitent son influence en notre domaine. D'une part, il nous semble que contrairement à ce qu'une partie de la doctrine enseigne, ces avant-contrats ne font pas partie des contrats qui doivent par nature être considérés comme conclus en considération de la personne(B). Il faut pour cela que les parties l'aient voulu. D'autre part, il est possible d'affirmer que, même lorsque tel est le cas, les parties n'intègrent le plus souvent dans le champ contractuel que les éléments objectifs (C) qui, présents chez le bénéficiaire font présumer son intérêt pour le bien objet de la vente projetée, mais que l'on peut retrouver chez d'autres.

A. Les contours incertains de l'*intuitus personae*

23.- La considération d'une personne singulière et la considération de qualités objectives de la personne. L'*intuitus personae* figure en bonne place parmi les notions insaisissables[73]. Qu'est-ce exactement que conclure un contrat « en considération de la personne » ? Les réponses sont très variées. Elles ont néanmoins en commun de proposer une analyse dualiste de la notion. L'*intuitus personae* serait objectif ou subjectif[74], dans l'objet du contrat ou en dehors de l'objet du contrat[75]. En simplifiant à l'extrême, la notion recouvre deux choses selon que ce qui est pris en considération, c'est la personne dans sa singularité ou des qualités objectives qui ne lui sont pas propres. Dans la première hypothèse, l'existence même de la prestation dépend de la personne considérée alors que dans la seconde hypothèse, c'est essentiellement la confiance des parties qui est en jeu.

Partant de la première hypothèse, on peut dire que *« tous les contrats conclus en considération de la personne – c'est le lot de la plupart des conventions – ne sont pas pour autant conclus intuitu*

73 - M. Contamine-Raynaud, L'*intuitus personae* dans les contrats, thèse Paris II, 1974, p. 1, n° 1 ; L. Aynès, La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes, Economica, 1984, n° 331, p. 231 ; Ph. le Tourneau et D. Krajeski, Contrat « *intuitu personae* », J.-Cl. Contrats-Distribution, Fasc. 200, spéc. n° 1, n° 35 et s.

74 - V., not., distinguant l'*intuitus personae* positif, interdisant tout changement de partie à l'acte et l'*intuitus personae* négatif, compatible avec un tel changement M. Contamine-Raynaud, *op. cit.*, n° 179 et s.

75 - L. Aynès, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, Economica, 1984, n°464.

personae »[76]. Le noyau dur de la catégorie ainsi restreinte est en effet constitué par les conventions dans lesquelles *« l'intervention du contractant, débiteur ou créancier, est à ce point essentielle qu'elle constitue l'objet du contrat (l'hypothèse de l'artiste) ou la cause du contrat (l'hypothèse de la donation) »*[77]. On comprend alors que, la prestation attendue se confondant avec la personne du débiteur ou les besoins propres du créancier[78], aucun changement de partie ne soit envisageable.

L'étroitesse de la catégorie ainsi définie pourra conduire à préférer la seconde hypothèse. Nombre d'auteurs, en accord avec la pratique, considèrent comme marqués d'*intuitus personae* les contrats qui sont conclus en considération de qualités objectives du cocontractant garantissant la valeur de la prestation ou la sécurité de l'opération[79]. Le contrat de franchise en est un exemple classique. Mais on ne pourrait se féliciter sans réserve d'éviter ainsi de donner à la notion un domaine trop étriqué que s'il demeurait possible néanmoins de lui donner les limites sans lesquelles elle perd toute consistance. Or on peut craindre que la brèche ainsi ouverte ne soit vouée à s'élargir. Il paraîtra naturel d'admettre qu'un contrat conclu en considération de qualités très rares, à défaut d'être uniques, est un contrat *intuitu personae*. Puis, les raisons manqueront de refuser cette qualification lorsque ce sont des liens familiaux, ou encore la seule *solvabilité* du cocontractant qui seront présentés comme déterminants[80].

Cette dernière hypothèse est révélatrice de la difficulté. Dès lors que le besoin de confiance caractérise la situation de tout créancier, comment voire dans ce qui la suscite un révélateur de l'*intuitus personae*[81] ? Dans cette perspective, les contrats dépourvus de ce caractère représentent une infime minorité d'actes, contrairement à ce que laissent entendre les articles 1110 alinéa 2 et 1237 du code civil. On peut douter que la théorie du patrimoine justifie la prise en compte sous cette qualification de l' « *intuitus bonorum »*[82]. Certes, la personnalité est juridiquement appréhendée par le biais de son patrimoine, voire perçue comme synonyme de l'aptitude à avoir des biens[83]. Mais on ne peut sans réserve confondre l'aptitude abstraite à avoir des biens et le

76 - A Viandier, Les contrats conclus *intuitu personae* face à la fusion des sociétés, *in* Mélanges Mouly, vol. II, p. 198.

77 - A Viandier, *op. et loc. cit*.

78 - C'est l'hypothèse, notamment du bail à nourriture.

79 - V. not., M. Contamine-Raynaud, *op. cit*., n° 104 et s., p. 142 et s. ; G. Kostic, L' *« intuitus personae »* dans les contrats de droit privé, Thèse Paris V, 1997, n° 292, p. 199 ; D. Krajeski, L' *« intuitus personae »* dans les contrats, Thèse Toulouse, 1998, n° 438 et s.

80 - En faveur de cette qualification, v., Ph. le Tourneau et D. Krajeski, J.-Cl. Contrats – Distribution, Fasc. précité, n° 8, 16, 19, 27 et s.

81 - Soulignant la difficulté, D. Krajeski, *op. cit.*, n° 84.

82 - *Contra*, Ph. le Tourneau et D. Krajeski, article précité, n° 18 et s.

83 - F. Zénati-Castaing et T. Revet, Manuel de droit des personnes, P.U.F. Collection Droit fondamental, 1ère éd., 2006, n° 106 et s., p. 113 et s.

contenu concret du patrimoine à un moment donné. Un arrêt[84] le démontre, pourtant toujours cité par ceux qui font de la consistance du patrimoine un élément de l'*intuitus personae*. L'erreur sur la personne y est admise par la Cour de cassation dans une affaire où le cocontractant avait été condamné à la *« confiscation de ses biens présents* ***et à venir*** ». C'est donc bien la personnalité juridique qui était en cause et non la seule consistance du patrimoine. Il n'est pas plus convaincant d'invoquer la jurisprudence rappelant qu'une caution peut invoquer l'erreur sur la solvabilité du débiteur principal à la condition de démontrer qu'elle avait fait de cet élément une condition déterminante de son consentement[85]. Que démontre-t-on ainsi à part que tout élément de la réalité peut intégrer le champ contractuel par la volonté des parties ?

On le comprend, détacher la notion d'*intuitus personae* de l'identité du contractant n'est pas aisément justifiable. Cela conduit surtout à lui donner un champ d'action tellement étendu qu'il faut ensuite priver la notion d'effet significatif pour ne pas paralyser ou fragiliser le commerce juridique. On insiste alors sur les degrés qu'elle connaît et la variété de ses effets[86]. Mais il est regrettable qu'une notion traditionnellement révélée par ses effets n'en ait alors plus qui lui soient véritablement propres et puisse au rebours de sa conception originelle appuyer l'idée d'une fongibilité des personnes[87].

Dans le cadre de cette étude, il serait présomptueux de prétendre donner enfin à la notion des contours indiscutables. Il importe seulement de montrer, d'une part, qu'aucune des formes de l'*intuitus personae* n'est naturellement présente dans les avant-contrats susceptibles de circuler et, d'autre part, que l'*intuitus personae* attachant une personne singulière à l'acte ne joue volontairement que de manière exceptionnelle. Le plus souvent, sont seuls intégrés dans le champ contractuel des éléments objectifs de la situation du bénéficiaire qui permettent d'expliquer son intérêt pour le bien objet de l'acte mais qui le lui sont pas propres.

B. L'exclusion d'un *intuitus personae* inhérent à la nature des avant-contrats

23.- Il faut examiner les raisons pour lesquelles des auteurs ont pu considérer que des avant-contrats tels que la promesse de vente et le pacte de préférence relevaient de la catégorie des contrats par nature conclus *intuitu personae*. Deux arguments peuvent être avancés qui nous semblent également contestables. On peut être tenté de déduire

84 - Civ. 20 mars 1963, Bull., n° 179.

85 - V., notamment, Cass. 1ère civ. 19 mars 1985, Bull. Civ., I, n° 98.

86 - Ph. le Tourneau et D. Krajeski, article précité, n° 35 et 47.

87 - *Contra*, D. Krajeski, *op. cit.*, n° 435, p. 378.

le caractère essentiel de la personne du bénéficiaire des prérogatives singulières que les avant-contrats lui confèrent ou alors, plus profondément, de la préférence qu'elles traduisent et qui semble à première vue bien proche de l'*intuitus personae*. Cela est en réalité insuffisant. Ni l'octroi d'un droit potestatif d'option, ni le caractère préférentiel de l'accès au bien ne donnent à l'avant-contrat ce caractère.

24.- Droit potestatif d'option et *intuitus personae*. *A priori*, le bénéficiaire retire, *ab initio* de la promesse de vente et à terme du pacte de préférence, une prérogative impressionnante. Elle lui permet en effet de modifier unilatéralement la situation juridique pour lui donner les contours d'une vente. C'est dire qu'elle lui permet de modifier, non seulement sa propre position contractuelle, mais également celle de son cocontractant. Ceux qui ont voulu traduire la singularité de cette prérogative se sont accordés pour y voir un droit potestatif d'option. Et les effets exorbitants du droit potestatif les ont conduits à penser qu'il avait nécessairement un caractère très personnel au sens où il ne serait accordé qu'en considération de la personne singulière du bénéficiaire. L'un des premiers auteurs à avoir entrepris l'étude de ce type de droit dans le cadre du système français s'était prononcé en ce sens[88]. D'autres l'ont suivi. Ainsi, pour Boyer, il s'agit d'un « pouvoir » qu'il ne déclare pas expressément attaché à la personne du bénéficiaire mais qu'il distingue néanmoins très nettement des droits subjectifs patrimoniaux aisément transmissibles[89]. Plus clairement, M. Jeuland considère que le droit d'option est toujours attribué *intuitu personae*[90]. Pactes de préférence et promesses de vente présenteraient ainsi toujours ce caractère.

Cette analyse nous semble devoir être rejetée. Il nous semble à l'examen que le droit potestatif est avant tout attaché à la position contractuelle[91] du bénéficiaire et non à la personne qui occupe cette position. S'il est vrai qu'une telle prérogative ne peut être cédée isolément, ni exercée par un autre que le bénéficiaire, cela résulte simplement de sa structure. C'est uniquement parce qu'il a pour assiette le contrat dans son ensemble qu'il n'en est pas détachable et non parce que la personne du bénéficiaire serait essentielle. On ne peut céder isolément le droit potestatif parce qu'il faut nécessairement avoir la qualité de partie au contrat pour légitimement pouvoir en modifier unilatéralement la nature.

La proximité du droit potestatif d'option et du pouvoir ne doit pas en faire douter dès lors que la confusion de ces deux prérogatives

88 - I. Najjar, *Le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif*, LGDJ, 1967, n° 210, p. 220.

89 - L. Boyer, Clause de substitution et promesse unilatérale de vente, JCP 1987, I, 3310, n° 24.

90 - E. Jeuland, Essai sur la substitution de personne dans un rapport d'obligation, LGDJ 1999, n° 258 et s., p. 215 et 216.

91 - En ce sens, L. Aynès, La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes, précité, n° 83 et 84, p. 70.

est impossible. A la différence du pouvoir, le droit d'option n'est pas, même partiellement, une prérogative altruiste, mais un véritable droit subjectif patrimonial dont la cession, à travers celle de l'avant-contrat, peut dès lors intéresser les tiers désireux de profiter du marché auquel il conduit. Raison pour laquelle la circulation des pactes de préférence et promesses de vente est utile et pratiquée de longue date[92].

Enfin, on ne voit pas davantage pour quelle raison il faudrait penser que les contrats porteur d'un droit potestatif d'option reposeraient nécessairement sur une relation de confiance particulière, à l'instar des contrats de franchise ou de mandat.

Ne peut-on soutenir néanmoins que l'on n'accorde pas à n'importe qui une prérogative aussi originale et puissante ? L'erreur consiste alors à confondre la préférence dans l'accès au bien qu'apporte l'avant-contrat avec l'*intuitus personae*.

25.- Préférence et *intuitus personae*. L'intérêt des avant-contrats est d'offrir un accès au bien que doit transférer le contrat définitif. Cet accès présente un caractère préférentiel qui semble très marqué dans le pacte de préférence et les promesses de vente. Si l'on n'y prend garde, le pas est vite franchi entre cette préférence et l'*intuitus personae*. Ce n'est pourtant pas parce que l'objet d'un contrat est d'offrir un accès *exclusif* à un marché qu'il est nécessairement conclu *intuitu personae*. Pourquoi les contrats conduisant à une vente devraient-ils être liés à la personne du bénéficiaire plus que la vente elle-même ? C'est l'intérêt de tous les contrats que de conférer aux parties un avantage spécifique qu'elles n'auraient pas eu sans cela. Comment dès lors ce qui est le lot de tous les contrats pourrait-il caractériser l'*intuitus personae* ?

On ne peut donc fonder l'idée que les avant-contrats sont par nature conclus *intuitu personae*, ni sur la nature particulière du droit potestatif, ni sur la préférence dans l'accès au bien que le bénéficiaire en retire.

Certes, il n'est pas exclu que des avant-contrats présentent ce caractère, mais ce sera alors parce que les parties auront manifesté une volonté particulière en ce sens. Le font-elles souvent ? En résulte-t-il alors un lien très fort entre la personne du bénéficiaire et l'avant-contrat ? Nous ne le pensons pas et considérons au contraire que l'avant-contrat ne sera qu'exceptionnellement conclu en considération de la personne singulière du bénéficiaire.

C. La conclusion exceptionnelle de l'avant-contrat en considération d'une personne singulière

27. L'influence des qualités objectives expliquant l'intérêt pour le bien – Comme n'importe quel contrat, les avant-contrats peuvent être conclus

92 - S'agissant de la cession des promesses de vente, v. la jurisprudence citée *supra*, note 23.

en considération d'une personne singulière. Nous avons montré qu'il n'y avait aucune raison d'ériger cette hypothèse au rang de principe. Cela est vrai des promesses unilatérales de vente, qui ont pu être perçu comme un instrument de spéculation et des pactes de préférence. Pour autant, il ne nous semble que le choix du cocontractant n'obéisse en ce domaine à aucune règle. Certes, les raisons pour lesquelles on consent le bénéfice d'un avant-contrat à une personne donnée peuvent théoriquement être infiniment variées. On peut tout simplement avoir choisi de contracter avec la première personne ayant accepté les conditions proposées et, notamment, le paiement d'une éventuelle contrepartie[93]. Pour autant, il est possible de considérer que, le plus souvent, le recours à cet outil contractuel particulier repose sur une motivation type. Cela est surtout vrai pour le pacte de préférence. Cet avant-contrat est fréquemment conclu en considération de la situation objective du bénéficiaire, laquelle fait *présumer son intérêt* pour le bien et *explique la préférence* ainsi accordée. L'idée inspire depuis longtemps le législateur. C'est en effet la démarche qu'il suit lorsqu'il dote d'un droit de préemption le preneur d'un immeuble à usage d'habitation ou d'un fonds rural. La qualité de preneur fait présumer un intérêt pour l'acquisition du logement dores et déjà occupé et du terrain actuellement exploité et désigne le preneur comme l'acquéreur le plus légitime du bien. Les pactes de préférence, qui ne sont au fond qu'une version conventionnelle des droits de préemption, mais également les promesses de vente peuvent parfaitement procéder de la même manière. C'est souvent une qualité objective – une position contractuelle ou des liens familiaux – qui traduit la situation légitimant la préférence accordée au bénéficiaire. Quelques exemples permettront d'illustrer le propos.

28.- La qualité de preneur. Un pacte de préférence ne peut, à la différence des droits de préemption légaux, prévoir qu'il jouera automatiquement au profit de tous les locataires qui se succèderont en cette qualité au sein de l'immeuble loué. L'effet relatif des conventions l'interdit. En revanche, il est naturel de considérer que le pacte de préférence[94] assortissant un bail n'est accordé au preneur qu'en cette qualité. C'est parce qu'il bénéficie déjà de la jouissance de l'immeuble lieux qu'il peut plus légitimement qu'un autre prétendre se l'approprier. En conséquence, qu'il perde cette qualité et il lui sera impossible d'exiger l'exécution du pacte de préférence. Au colocataire, bénéficiaire d'un pacte de préférence, qui reprochait à une cour d'appel de ne pas avoir prononcé sa substitution à la SCI qui avait acquis l'immeuble loué en viola-

93 - On songe ici au versement d'une « indemnité d'immobilisation » en contrepartie du bénéfice d'une promesse unilatérale de vente, « indemnité » qui représente le prix de l'option.

94 - Le raisonnement serait le même en présence d'une promesse unilatérale de vente. La cession d'un contrat de crédit-bail ne permet plus au cédant de se prévaloir de la promesse de vente qui doit jouer en fin de bail.

tion du pacte, la Cour de cassation a ainsi répondu qu'en donnant congé en cours d'instance, il s'était placé dans une *« une situation exclusive de la mise en oeuvre à son profit du pacte de préférence »*, de sorte que seuls des dommages et intérêts pouvaient lui être alloués[95]. Dès lors, si la transmission du bail n'est pas une condition suffisante pour la transmission du pacte de préférence, elle demeure une condition nécessaire de cette transmission.

29. Les qualités d'héritier – Le pacte de préférence est en principe automatiquement transmis à cause de mort aux *descendants* du bénéficiaire[96]. Cette transmission peut sembler infinie dès lors que le pacte de préférence, lorsqu'il est donné pour une durée indéterminée, ne s'éteint pas par l'écoulement d'un délai de prescription. Aussi peut-il être intéressant de limiter conventionnellement cette transmission dans le temps aux descendants présentant une qualité particulière. Par exemple, les parties à un acte de vente d'un domaine agricole qui se consentaient réciproquement un pacte de préférence, avaient prévu que cette préférence profiterait à leurs descendants au 1er degré[97].

29.- La qualité d'actionnaire. C'est dans ce domaine que l'on se rapproche le plus du modèle légal. Les clauses dites de préemption (ou de préférence) qui sont parfois inclues dans les statuts d'une société peuvent prévoir que tout *actionnaire* désireux de céder ses titres devra offrir prioritairement cette opportunité aux autres actionnaires. Si l'on admet la validité de telles stipulations[98], il faut en déduire que la « clause de préemption » circule en ce sens que le droit de préférence pourra être mis en œuvre par toutes les personnes se succédant en qualité d'actionnaire au sein de la société, du seul fait qu'elles présentent cette qualité.
De l'ensemble, il résulte que l'*intuitus personae* ne jouera au sein des avant-contrats conduisant à la propriété que sous une forme atténuée, n'impliquant aucun lien insécable entre l'acte et le cocontractant d'origine. L'influence de cette forme d'*intuitus personae* sur la circulation des avant-contrats s'en trouve nécessairement limitée.

§ 2 : Un régime largement indifférent à l'*intuitus personae*

30. Qu'elle soit volontaire (A) ou forcée (B) la circulation des avant-contrats obéit à un régime qui s'applique indifféremment aux contrats conclus *intuitu personae* et à ceux qui ne présentent pas cette caractéristique.

---

95 - Cass. 3ème civ. 20 novembre 2002, inédit, n° 01-03204.

96 - Soc. 11 janvier 1955, Bull. Civ., IV, n° 45.

97 - Cass. 3ème civ. 17 novembre 2004, inédit, n° 02-18466.

98 - Contestant la validité des clauses statutaires de préemptions sur le fondement du principe de libre négociabilité des actions, Y. Guyon, Les sociétés, Aménagements statutaires et conventions entre associés, Traité des contrats, LGDJ, 5ème édition, n° 107, p. 184 et 185.

A. La circulation volontaire des avant-contrats

31. L'*intuitus personae* peut être compatible avec la fongibilité des personnes – Seul l'*intuitus personae* traduisant la considération de l'identité du cocontractant constitue un obstacle à la circulation des contrats. Rarement présent dans notre domaine, il est même totalement exclu lorsqu'une clause de substitution est insérée dans l'acte. En effet, recourir à ce mécanisme pour rendre aléatoire l'imputation du contrat, c'est toujours admettre que l'identité du bénéficiaire n'est pas essentielle. En revanche, lorsque l'*intuitus personae* recouvre seulement la prise en considération de certaines qualités du cocontractant de nature à garantir la bonne exécution des obligations contractuelles, rien ne s'oppose à ce que la convention circule. Il a été montré que l'*intuitus personae* à l'extérieur de l'objet du contrat est compatible avec la cession de contrat[99]. Fondé sur l'idée de confiance ou de risque[100], l'*intuitus personae* impose simplement que le changement de partie maintienne un même niveau de confiance et n'aggrave pas ce risque. Toute personne présentant les qualités jugées déterminantes chez le cocontractant originel doit être en mesure de prendre sa position contractuelle. Il importe seulement que la partie invariante du rapport contractuel puisse s'en assurer. Or nous allons voir que, quel que soit le mode de circulation volontaire utilisé, le régime suivi permet de respecter cette exigence sans référence aucune à l'*intuitus personae*. Cela peut être vérifié pour la cession du contrat aussi bien que pour la mise en œuvre d'une clause de substitution.

32. L'*intuitus personae* dans l'ombre du consentement du cédé – De ce que la Cour de cassation soumet toute cession conventionnelle de contrat à un régime uniforme, impliquant nécessairement le consentement du cédé[101], un auteur a déduit que distinguer selon les degrés de l'*intuitus personae* et, plus largement, faire référence à cette notion, était devenu parfaitement inutile[102]. Le propos doit être légèrement nuancé dans la mesure où il se trouvera bien quelques hypothèses dans lesquelles la prestation se confondra totalement avec la personne du débiteur. On songe bien évidemment à l'exemple classique du portrait confié à tel peintre célèbre. On peut également songer aux cas du contrat

99 - L. Aynès, *op. cit.*, n° 464.

100 - V. *supra*, n° 23.

101 - La Cour de cassation juge qu'un contrat *« conclu en considération de la personne du cocontractant »* peut être cédé *« dès lors que l'autre partie y a consenti »*, Cass. com. 7 janvier 1992, Bull. Civ., IV, n° 3, p. 3. V., not., RTDciv. 1992, p. 762, obs. J. Mestre ; D. 1992, somm. 278, obs. L. Aynès. Elle considère par ailleurs que l'exigence du consentement du cédé s'impose à toute cession conventionnelle, quelle que soit la nature du contrat qui en est l'objet, Cass. com. 6 mai 1997, deux arrêts, RTDciv. 1997, p. 936, obs. J. Mestre ; D. 1997, p. 588, note M. Billiau et C. Jamin.

102 - E. Jeuland, Rép. Civ., Cession de contrat, 2000, n° 25.

de franchise reposant totalement sur le savoir-faire dont le franchiseur est le créateur et le détenteur. Une cession *passive* de ce contrat est alors difficilement concevable[103]. Tout se passe alors comme si l'incessibilité du contrat avait directement été affirmé dans une clause spécifique. Mais en dehors de ces hypothèses, il reste juste de dire qu'en généralisant à la cession de tout contrat l'exigence du consentement du cédé, la jurisprudence offre à ce dernier le même degré de sécurité quelle que soit la nature particulière de la convention cédée. Sensible à la dimension personnelle du contrat, et refusant consécutivement de l'assimiler totalement à un bien, la jurisprudence a ainsi étendu à l'ensemble des contrats une précaution que les auteurs justifient habituellement par la présence de l'*intuitus personae*. Sous sa forme la moins intense, cette notion se révèle donc parfaitement neutre lorsque la cession du contrat est en jeu.

33. La clause de substitution – En présence d'une clause de substitution, la situation n'est pas fondamentalement différente, même si, comme nous le pensons, ce mécanisme est original[104]. Ainsi que nous l'avons rappelé, la clause de substitution permet en effet au cocontractant d'origine de désigner la personne à laquelle l'avant-contrat est ainsi ouvert. Il s'agit de choisir le bénéficiaire le plus légitime de l'opération et non de s'assurer de ce que le substitué sera bien en mesure d'exécuter les obligations qu'elle implique. Dans cette perspective, il n'est pas besoin de rassurer la partie invariante, laquelle ne maîtrise d'ailleurs pas les critères de la légitimité recherchée.

B. La circulation forcée des avant-contrats

34. Une question qui se pose rarement – Selon les termes de l'article L. 642-7 du code de commerce[105], *« le tribunal détermine les contrats de crédit-bail, de location ou de fourniture de biens ou services nécessaires au maintien de l'activité (...). Le jugement qui arrête le plan emporte cession de ces contrats (...). Ces contrats doivent être exécutés aux conditions en vigueur au jour de l'ouverture de la procédure, nonobstant toute clause contraire »*. Fondée sur un impératif de sauvegarde de l'entreprise, la cession judiciaire des contrats qui lui sont nécessaires n'implique pas même le consentement des parties. Cet impératif commande-t-il d'imposer de la même manière la cession des contrats conclus *intuitu personae* ? Sur cette question, la jurisprudence est

103 - C. Jamin, note sous Paris, 15 décembre 1992, JCP 1994, II, 22205.

104 - V. notre thèse, précitée. Si l'on assimile au contraire la clause de substitution à un simple rappel de la cessibilité du contrat, il faut y voir à la suite des arrêts du 6 mai 1997 la manifestation anticipée du consentement du cédé. Reste alors à se demander comment un consentement émis *ab initio*, avant même de connaître les qualités du cessionnaires, peut apporter au cédé la sécurité recherchée.

105 - Issu de la loi de sauvegarde des entreprises, loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005.

incertaine et la doctrine divisée[106]. S'il est certain que l'*intuitus personae* traduisant un attachement de l'acte à l'identité du cocontractant rend la cession du contrat objectivement impossible, la question mérite en revanche d'être posée à l'égard des autres manifestations qu'on lui prête. Pour autant, cette question ne se pose en notre domaine que dans des limites très étroites. On comprend en effet que les avant-contrats ne peuvent en eux-même entrer dans l'une des catégories de conventions visées limitativement par le législateur[107]. L'interprétation restrictive qu'appelle ce texte dérogatoire ne permet pas de les y intégrer. Dès lors, c'est uniquement sous la forme d'une clause insérée dans l'un des contrats visés par l'article L. 642-7 que les avant-contrats – pacte de préférence ou promesse de vente – peuvent se trouver concernés. La question qui se pose est alors uniquement de savoir si la cession du contrat principal décidée par le Tribunal impose de la même manière la cession de l'avant-contrat qui lui est attaché[108]. Une fois encore, l'influence possible de l'*intuitus personae* est éclipsée par celle de la propriété.

35. L'*intuitus personae* dans l'ombre de la propriété – Nous l'avons vu[109], s'agissant de contrats conduisant à la propriété, la nécessité de préserver la liberté de disposer du promettant suffit à subordonner la cession du contrat à son consentement. Sans avoir à s'interroger sur l'éventuelle prise en considération de la personne du bénéficiaire et quand bien même le contrat principal serait cédé, l'avant-contrat qu'il contient sous la forme d'une clause ne sera transmis que si le promettant y consent[110].

36. Conclusion – Parce qu'elle motive la circulation des avant-contrats qui y conduisent, la propriété, par son régime, vient naturellement éclairer une grande part des difficultés posées par cette opération. Ce n'est pas pour autant procéder à une analyse purement économique de ce phénomène. Car, par l'intermédiaire de la propriété, ce n'est pas seulement le marché qui exerce une influence, mais la liberté qu'elle confère à son titulaire. La conception de la propriété traditionnellement prêtée au code civil semble à cet égard conserver toute son actualité. La propriété est toujours liée à la liberté individuelle. Seule la manière de concevoir ce lien – en intégrant la liberté dans le droit de propriété ou le droit de propriété dans la personne elle-même – varie véritablement.

106 - Sur cette question, v., M.-H. Monsérié, Les contrats dans le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises, Litec, 1994, n° 96, n° 266, et les réf. ; S. Neuville, Le plan en droit privé, LGDJ, 1998, n° 208, et les réf. ; E. Jouffin, Le sort des contrats en cours dans les entreprises soumises à une procédure collective, LGDJ, 1998, n° 364 et s., et les réf.

107 - L'art. L.642-7 vise exclusivement les *« contrats de crédit-bail, de location ou de fourniture de biens ou de services »*.

108 - Il faut éviter toute confusion avec l'hypothèse dans laquelle, le *bien* objet du pacte étant cédé, le droit de préférence ne joue pas parce que son champ d'application est dès l'origine limité aux aliénations *volontaires*. Pour un exemple relatif à un droit de préemption d'origine légale, v., Cass. 3ème civ. 1er avril 1998, Bull. Civ., I, n° 79 ; RTDcom., 1998, p. 929, obs., C. Saint-Alary-Houin. Dans cette hypothèse, il ne s'agit pas de s'opposer à une cession passive du pacte, mais de constater que les conditions de l'exercice de la préférence ne sont tout simplement pas réunies.

109 - V., *supra*, n° 19.

110 - Cass. 3ème civ. 14 février 2007, n° 05-21814, FS+P+B, précité.

RAPPORT DE SYNTHESE

Alain Bénabent
Professeur à l'Université Paris X (Nanterre),
Avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation

Merci Monsieur le Président. Comme le programme indique *« 16h40 : rapport de synthèse »*, *« 17h00 : clôture de la journée »*, je vous propose de combiner les deux et de faire une clôture sous la forme d'une rapide synthèse d'une dizaine de minutes (car la SNCF est beaucoup plus intransigeante que les organisateurs de colloques). Je voulais d'abord remercier et féliciter l'organisateur en chef de ce colloque, Monsieur Deshayes, de cette initiative et du choix de ce thème. L'avant-contrat, c'est tentant. L'expression est jolie et elle évoque une idée d'avenir, beaucoup plus que l'autre versant, le post-contrat, qui donnerait l'impression de se pencher sur un cadavre. Si le droit civil d'aujourd'hui n'était pas entièrement concentré dans le droit des contrats, on se serait interrogé aussi sur l'avant-mariage et sur l'avant-naissance. C'est le *contractus conceptus* dont on peut se demander s'il doit *pro nato habetur*.

Ce qui se dégage de l'ensemble des thèmes, pour faire très bref, c'est que cette période d'avant-contrat – l'expression même est ambiguë et, vous l'avez souligné, elle est plus jolie mais moins nette que celle de *« processus de formation des contrats »*, qui n'est restée qu'en sous-titre du colloque – qui se situe avant le contrat, peut être soit simplement une période de fait avant le contrat (les négociations, la période précontractuelle) soit déjà elle-même une période juridique, encadrée, moulée dans ce qui serait un contrat préparatoire. Et c'est en gros les deux types de situations qui ont été envisagés ce matin et cet après-midi.

I- Lorsqu'il s'agit d'une période de fait, la *« période d'avant-contrat »*, tout le débat va être de savoir comment on traite ces négociations en vue du contrat : on frôle le contrat mais on n'y est pas nécessairement. Et, bien sûr, ce débat s'organise différemment selon que, finalement, cette période débouche ou ne débouche pas sur la conclusion du contrat.

§ 1 Lorsqu'il y a **ensuite un contrat**, on regardera rétrospectivement cette période comme la période qui a préparé le contrat et on la scrutera du point de vue des vices du consentement, éventuellement d'une responsabilité dont on nous a dit ce matin qu'elle pourrait être contractuelle, ou peut-être délictuelle : mais enfin il y a eu un contrat après et Monsieur Seraglini, lorsqu'il a fait une coupe sous l'angle du droit international privé, a très clairement indiqué les hésitations qui résultent, quant à la loi applicable, de cette existence d'un contrat ensuite qui peut projeter sa lumière rétrospective sur la période précédente. Cela vaut-il seulement pour la loi applicable ou aussi pour toutes ces obligations de bonne foi et d'honnêteté qu'on va examiner sous l'angle du vice du consentement ? Denis Mazeaud nous a rappelé ce matin ce qu'il en est : la jurisprudence actuelle sévère (*Baldus*, réaffirmée récemment), pour laquelle même le professionnel ne doit rien à son cocontractant et peut utiliser sa supériorité sans l'en informer. J'ai été surpris de ne pas le voir déchirer cet arrêt qui est quand même horriblement américain et contraire au moralisme français que, dans d'autres matières, beaucoup d'auteurs (parmi lesquels le même) mettent souvent en avant.

Il y a aussi un point qui n'a pas été évoqué, c'est que cette période d'avant le contrat pourra servir, lorsque le contrat sera conclu, pour interpréter et déterminer la portée de ce contrat lorsque surgiront des difficultés sur le sens de telle ou telle de ses dispositions et cela c'est un élément important.

§ 2 Deuxième hypothèse, celle qui cristallise le contentieux, c'est celle où cette période d'avant-contrat **n'est pas suivie d'un contrat** : il y a avortement de contrat en quelque sorte et rupture, débouchant sur ce que l'on appelle classiquement la question de la rupture des pourparlers.

Elle a été évoquée de façon très brillante et ce qu'il faut retenir de tout ce qui a été dit à ce sujet ce matin, c'est l'opposition, non pas de principe mais de degré, entre la vision anglaise que nous a exposée Monsieur Cartwright et notre vision de nos tribunaux français qui sont toujours un peu tiraillés entre les règles de droit et une sorte de fausse mauvaise conscience. Le principe est le même, il est militaire : avant le contrat, ce n'est pas le contrat. Avant le contrat, il n'y a pas d'obligations. Tant qu'on n'a pas signé, on est libre de ne pas signer. Le principe est radical. Mais là où Monsieur Cartwright nous a expliqué ce matin comment le droit anglais en tirait, sans complexe, toutes les conséquences, nos tribunaux, il faut bien le reconnaître, très souvent tergiversent et retiennent néanmoins une responsabilité, une rupture fautive de pourparlers en disant : « *Certes, vous n'étiez pas vraiment obligé mais vous êtes vous comporté bien honnêtement ?* ». Si l'on veut être logique, bien

sûr il peut y avoir une responsabilité délictuelle pendant cette période préparatoire, mais ce n'est jamais la rupture des pourparlers qui est fautive.

L'expression de rupture fautive des pourparlers est ambiguë et à la vérité impropre. Quelquefois même, c'est le fait de ne pas les avoir rompus plus tôt qui est fautif, car la faute sera, comme nous l'a très bien réexpliqué Denis Mazeaud ce matin, d'avoir entretenu les pourparlers à un moment où on savait que l'on ne pourrait plus conclure, parvenir à un accord et d'avoir ainsi fait perdre son temps, fait perdre son argent, fait perdre des chances de contracter ailleurs à son partenaire. C'est cela la faute.

Ce n'est pas une rupture fautive de pourparlers, c'est une faute dans la conduite et peut-être même plus souvent *dans la poursuite* des pourparlers. La faute, c'est de ne pas avoir rompu plus tôt, dès qu'on a vu qu'on n'aboutirait pas. Et de ce point de vue, il y a dans la jurisprudence récente une clarification quand même très nette depuis l'arrêt *Manoukian* répétée récemment : le seul préjudice réparable, c'est celui qui est lié aux pertes éprouvées pendant la période de préparation et en aucun cas ce que l'on aurait pu attendre du contrat qui n'a pas été conclu parce qu'il n'est pas fautif de ne pas conclure ce contrat. De même que jamais, en matière de rupture de fiançailles à l'époque où il y avait une jurisprudence sur la question, la perte des avantages matrimoniaux que l'on pouvait espérer de l'union n'a pu constituer un préjudice réparable. En revanche, en matière contractuelle, la perte de la possibilité qu'on aurait eue de conclure la même opération avec un tiers si l'on n'avait pas été empêtré dans ces négociations que l'autre a prolongées fautivement, peut constituer un préjudice réparable.

II - Seconde conception de l'avant-contrat, qui est véritablement ce à quoi l'expression même répond : il y a un contrat, mais un contrat qui n'a d'autre but que de préparer un autre contrat et dans ce sens-là, on est en présence d'un **vrai *« avant-contrat »*.** Donc *exit* la question de la responsabilité délictuelle, on ne raisonne plus en ces termes. Seulement ce contrat n'est pas autosuffisant, pourrait-on dire. C'est une promesse, c'est un pacte de préférence. C'est ce que Monsieur Malaurie appelle un contrat d'étape et ce que, dans son langage inégalable, Jean Carbonnier appelait *« ces sortes de contrats de vestibule »*. C'est effectivement un contrat qui en prépare un autre. Vous êtes déjà dans les lieux, vous avez passé la porte d'entrée, mais vous n'êtes pas encore dans les pièces où l'action va se passer, vous êtes encore dans le *« vestibule »*.

Et ce contrat-là, ce contrat préparatoire, on s'est demandé quel en était le critère. En réalité, à supposer qu'il y ait un intérêt à dégager un critère, le critère le plus simple c'est que cet accord ne présente

aucun intérêt en lui-même. Il ne peut pas se suffire s'il ne débouche pas sur un autre contrat. Mais ce critère présente-t-il un intérêt ? C'est-à-dire commande-t-il un régime général ? Monsieur Wintgen nous a expliqué de façon très convaincante et très brillante que le terme avait changé de sens lors de son passage de la langue allemande à la langue française et que le régime qu'on pourrait rechercher est peut-être un peu mystérieux. Et l'on doit à Monsieur Grimaud d'avoir levé une partie du voile de ce régime. Je crois qu'ici aussi, en deux mots, il faut distinguer selon que cet avant-contrat va être suivi d'un contrat ou justement ne va pas parvenir à son but.

§ 1 S'il n'est **pas transformé** ou s'il n'est pas transformé volontairement en contrat, si le pacte de préférence est violé, si la promesse n'est pas respectée, se posent toutes les questions évoquées de façon très brillante de l'exécution : peut-on obliger à cette transformation ? Et on a le sentiment de vivre un changement de saison puisqu'on passe du printemps du pacte de préférence à l'été des promesses de vente qui nous est promis par une exécution qui serait à la disposition du juge. A ce sujet, je partage entièrement l'observation de Madame Viney : c'est concevable dans des contrats instantanés où il n'y a pas d'*intuitus personae*, c'est difficilement concevable dans des contrats qui exigeront une collaboration entre les parties pour lesquels un contentieux dès le début entre ces parties destinées à collaborer est sans doute de mauvais augure sur le plan concret.

§ 2 Et puis il faut penser aussi, on n'a pas eu le temps d'en parler mais peut-être que d'autres colloques en parleront, à ce qui se passe lorsque ce contrat, cet avant-contrat, **est transformé**. Le plus souvent, il va disparaître, il sera absorbé, il va se dissoudre, c'est la chrysalide et le papillon. L'indemnité d'immobilisation, par exemple, sera absorbée par imputation sur le prix d'acquisition. Mais, là encore, peut-on en oublier jusqu'à la trace ? Dans l'interprétation du contrat, s'il y a des clauses de la promesse qui n'ont pas été reproduites (une clause arbitrage, une loi applicable, une clause attributive de juridiction), seront-elles réputées reniées ou tacitement entérinées ? C'est un point important, mais il est vrai qu'on ne peut pas tout aborder. Il ne faut pas sortir d'une journée d'études sur un sujet en le connaissant parfaitement. Le proverbe arabe qui me revient *« quand ta maison est finie, tu n'a plus qu'à mourir »* pourrait aussi s'appliquer aux architecteurs de journées. Soyons donc soulagé que tout ne soit pas épuisé : il y aura de futures journées aussi remplies que celle-ci. Merci.

Table des matières

Remerciements 3

Liste des contributions 5

Avant-propos
Par Olivier Deshayes 7

PREMIÈRE PARTIE : LE DROIT DE L'AVANT-CONTRAT

La période précontractuelle en droits positif et prospectif français, européen et international : comparaisons
Par Denis Mazeaud 13
Section I - Le comportement des négociateurs du contrat 17
§1 : Les devoirs 17
A. ... lors des pourparlers 17
B. ... en cas d'émission d'une offre 20
§2 : Les sanctions 21
A. Conclusion forcée ou réparation par équivalent ? 21
B. Les préjudices réparables 23
Section II - La formation du contrat négocié 24
§1 : L'existence d'une rencontre de volontés 24
A. Les formes de l'acceptation 24
B. La transmission de l'acceptation 25
C. La conformité de l'acceptation 27
§2 : La portée de la rencontre des volontés 28
A. L'opposabilité des clauses non négociées 28
B. Le conflit des conditions générales 29

Analyse comparée de la responsabilité précontractuelle dans les droits européens
Par John Cartwright 31
Section I – Comparaisons des droits européens nationaux à partir d'un cas pratique 33
§ 1 : Présentation du cas pratique 33
§ 2 : Les réponses des rapporteurs nationaux 33
A. Les négociations longues 34
B. Un accord sur les éléments principaux du contrat 35
§ 3 : Conclusions comparatives tirées de ce cas pratique 36
Section II – Eléments de comparaison générale des droits européens nationaux sur la responsabilité précontractuelle 38
§ 1 : Ressemblances et différences quant à la technique 38
§ 2 : Ressemblances et différences quant au fond 39

Les parties aux négociations contractuelles (réflexions sur le sens de l'acte de négocier)
Par Olivier Deshayes 43
Section I – Les négociateurs contractants 48
§ 1 : Les conséquences de principe de l'intervention d'un négociateur dépourvu de pouvoir agissant pour le compte d'une personne morale 50
A. Les conséquences sur la formation du contrat 50

B. Les conséquences sur la responsabilité pour rupture abusive des pourparlers 52
§ 2 : L'action corrective de la loi et de la jurisprudence 54
A. La correction par le contrat 54
1) La découverte d'un accord implicite de la personne morale 55
2) L'inopposabilité du défaut de pouvoir aux tiers 55
3) Le mandat apparent 57
B. La correction par la responsabilité civile 60
1) La responsabilité civile du négociateur non préposé 61
2) La responsabilité civile du négociateur préposé 62
3) La responsabilité civile de la personne morale du fait de ses préposés ou dirigeants 64
Section II – Les négociateurs non contractants 67
§ 1 : Les représentants 67
A. Les conséquences de l'intervention d'un représentant sur la formation du contrat 68
B. Les conséquences de l'intervention d'un représentant sur les responsabilités encourues au titre des négociations 70
§ 2 : Les assistants 71
A. Les courtiers et entremetteurs 71
B. Les conseils 73
C. Les observateurs intéressés 75

Le droit international privé de la période précontractuelle
Par Christophe Seraglini 77
Section I - Les problèmes de frontières des catégories contractuelle et délictuelle 79
§ 1 : La primauté apparente de la qualification délictuelle 80
§ 2 : L'interférence de la qualification contractuelle 83
A. La question des actes « préparatoires » ou « préalables » 83
B. La question de l'existence du contrat définitif 85
Section II - Les problèmes de détermination du critère de rattachement approprié 87
§ 1 : Quelle loi contractuelle ? 88
§ 2 : Quelle loi du délit ? 89

Le droit pénal de la période précontractuelle
Par Mikaël Benillouche 105
Section I – La période des négociations 107
§ 1 : Les manœuvres destinées à tromper : les exigences transgressées de bonne foi et de confiance 107
A. La mauvaise foi : l'escroquerie et la tentative d'escroquerie 108
1) Pousser à contracter 108
2) Faire croire au contrat 111
B. La confiance méconnue : l'abus et la violation du secret professionnel 111
1) Abuser de la confiance 111
2) Méconnaître la confiance : la violation du secret professionnel ... 112

§ 2 : Les manœuvres destinées à influencer : la déloyauté 114
A. Les avant-contrats fictifs : le faux et usage de faux 114
B. Faire agir et agir contre sa conscience : la corruption et les infractions voisines 116
C. La surprotection des personnes les plus fragiles : l'abus de faiblesse 117
§ 3 : Les manœuvres destinées à contraindre : la violence 117
A. L'interdiction de la violence physique : l'extorsion 118
1) En cas de remise 118
2) En l'absence de remise 118
B. L'interdiction de la violence morale : le chantage 118
Section II – La rupture des négociations 119
§ 1 : La rupture fautive : les discriminations 119
§ 2 : La rupture nécessaire : l'interdiction de pratiques déloyales 120

La rupture précontractuelle à l'épreuve de l'analyse économique du droit
Par Grégory Maitre 123
Section I - L'analyse économique de la négociation précontractuelle 125
Section II - Le rôle économique du droit des avant-contrats 129
Section III - La sanction de la rupture précontractuelle 131

SECONDE PARTIE : LE DROIT DES AVANT-CONTRATS

L'exécution forcée des avant-contrats
Par Damien Grimaud 139
Section I - Le printemps du pacte de préférence 144
§ 1 : Le fondement de la substitution du bénéficiaire au tiers acquéreur 144
§ 2 : Les conditions de la substitution 147
Section II - De beaux jours pour la promesse unilatérale de vente ? 149
§ 1 : Position de la question 150
§ 2 : Prospective 151

La distinction entre « intérêt positif » et « intérêt négatif » à l'épreuve des avant-contrats
Par Yves-Marie Laithier 153
Section I – L'utilité de la distinction 155
§ 1 : La teneur de la distinction 155
A. La notion d'intérêt positif 155
B. La notion d'intérêt négatif 156
§ 2 : La valeur de la distinction 158
A. Les avantages de la distinction 158
B. Les limites de la distinction 159
Section II - La mise en œuvre de la distinction 162
§ 1 : Le libre choix de l'intérêt protégé 162
A. L'existence d'un choix 162
B. La détermination du choix 163
§ 2 : Un choix limité ? 164

La circulation des avant-contrats
Par Gilles Pillet, Maître de conférences à l'Université Paris XII (Créteil) 165
Section I – La circulation des avant-contrats et la propriété 170
§1 : L'accès à la propriété, raison d'être de la circulation 170
A. Deux raisons d'accéder à la propriété 171
B. Deux manières d'accéder à la propriété 172
§2 : Le régime de la propriété, entrave à la circulation 174
A. La sécurité des tiers 174
B. La liberté du propriétaire 178
Section II – La circulation des avant-contrats et les personnes 182
§1 : Des contrats laissant peu de place à l'intuitus personae 183
A. Les contours incertains de l'intuitus personae 183
B. L'exclusion d'un intuitus personae inhérent à la nature des avant-contrats 185
C. La conclusion exceptionnelle des avant-contrats en considération d'une personne singulière 187
§2 : Un régime largement indifférent à l'intuitus personae 189
A. La circulation volontaire des avant-contrats 190
B. La circulation forcée des avant-contrats 191

Rapport de synthèse
par Alain Bénabent 193