

**UNIVERSITE D'ANTANANARIVO**  
**FACULTE DE DROIT D'ECONOMIE DE GESTION ET DE**  
**SOCIOLOGIE**

**DEPARTEMENT DROIT**

**Option: Droit des Affaires**

***LE CHAMP PRECONTRACTUEL***

Mémoire pour l'obtention du Diplôme d'Etudes Approfondies en Droit des Affaires

Présenté par *RALANTONIRINA Manitra Raheliasoa*

28 Mars 2008

**UNIVERSITE D'ANTANANARIVO**  
**FACULTE DE DROIT D'ECONOMIE DE GESTION ET DE**  
**SOCIOLOGIE**  
**DEPARTEMENT DROIT**  
**Option: Droit des Affaires**

***LE CHAMP PRECONTRACTUEL***

Mémoire pour l'obtention du Diplôme d'Etudes Approfondies en Droit des Affaires

Présenté par *RALANTONIRINA Manitra Raheliasoa*

Sous la direction de Monsieur RAMAROLANTO-RATIARAY, Professeur Titulaire.

## **REMERCIEMENTS**

*J'adresse ma profonde gratitude à tous ceux qui m'ont encouragée, assistée ou conseillée dans mes travaux de recherche et qui ont contribué de près ou de loin à la réalisation du présent mémoire.*

## PLAN

<b>Introduction</b>	1
<b>Section préliminaire: Le champ précontractuel dans l'ordonnement juridique</b>	2
A/ En droit français	2
1. Absence de dispositions générales	2
2. Des dispositions spécifiques éparses	2
3. Une prise en compte par l'avant projet de réforme du droit des obligations et de la prescription	3
B/ Dans la législation nationale	6
1. Historique	6
2. Contenu	6
<b>Chapitre I: Le champ précontractuel : facteur de formation du contrat</b>	8
<i>Section 1- Champ précontractuel et processus contractuel</i>	8
<b>Sous section 1: Les différentes phases aboutissant à la formation du contrat</b>	8
Paragraphe 1: Définitions	8
A/ Formation du contrat	8
B/ Champ précontractuel	14
Paragraphe 2: Phases proprement dites	16
A /Proposition	17
B /Négociations	17
<b>Sous section 2: Des négociations</b>	19
Paragraphe 1: Déroulement	20
A / Principe : liberté	20
B / Limite : bonne foi	21
Paragraphe 2/ Formes	24
A / Négociations encadrées : avant-contrats	24
B / Négociations proprement dites : pourparlers	31

<b>Section 2: La responsabilité et les négociations</b>	33
<b>Sous section 1: Rupture des pourparlers et responsabilité</b>	34
Paragraphe 1: Fondement	34
A/ Thèses en présence	34
B/ Responsabilité délictuelle	35
Paragraphe 2: Mise en œuvre	37
A/ Conditions	37
B/ Effets	47
<b>Sous section 2 : Avant-contrat et responsabilité</b>	50
Paragraphe 1: Fondement	50
A/ Nature des avant-contrats	50
B/ Conséquence	51
Paragraphe 2: Mise en œuvre	52
A/ Conditions	52
B/ Effets	53
<b>Conclusion partielle</b>	61
<b>Chapitre 2: Le champ précontractuel : outil d'interprétation du contrat</b>	63
<b>Section 1 : Justifié par l'existence de l'obligation pré-contractuelle d'information</b>	63
<b>Sous section 1 : Notion</b>	63
Paragraphe 1: Origine	63
A/ La jurisprudence	64
B/ La loi	66
Paragraphe 2: Définition	71
A/ Le créancier de l'obligation	72
B/ Le débiteur de l'obligation	75
<b>Sous section 2: Application</b>	76
Paragraphe 1: Etendue	76
A/Contenu de l'obligation	76
B/ Informations concernées	81

Paragraphe 2: Sanction du manquement	86
A/ Reconnaissance de l'existence de réticence dolosive (LTGO)	86
B/ Autres sanctions éventuelles	93
<b><i>Section 2: Conforté par l'existence de documents « précontractuels »</i></b>	<b>96</b>
<b>Sous section 1: Des « documents précontractuels »</b>	<b>97</b>
Paragraphe 1: Notion	97
A/ Définition	97
B/ Essai de classification	98
1- Les contrats préparatoires, notamment les accords de principe	98
2- Les documents techniques	103
Paragraphe 2: Source	107
A/ La volonté des parties	107
B/ Un éventuel formalisme informatif imposé aux parties	110
<b>Sous section 2: Documents pré-contractuels et interprétation du contrat</b>	<b>114</b>
Paragraphe 1 : Exigences à prendre en compte	115
A/ La force obligatoire du contrat	115
B/ La recherche de la volonté réelle des parties	116
Paragraphe 2: Conditions d'efficacité	120
A/ Tenant aux parties	120
B/ Tenant à l'appréciation souveraine des juges du fond	123
<b><i>Conclusion finale</i></b>	<b>126</b>

## **BIBLIOGRAPHIE**

## **ANNEXES**

**Auteur:** RALANTONIRINA Manitra Raheliasoa

**Titre:** *Le champ précontractuel.*

**Pagination:** 127

### **RESUME EXECUTIF:**

Le champ contractuel est appréhendé par rapport au processus contractuel par le biais d'une double approche, l'une temporelle, permettant d'identifier des phases antérieures à la formation du contrat et l'autre dynamique, reposant sur le contenu et la forme des négociations : simples pourparlers ou faisant appel à la technique plus élaborée des avant-contrats assortis de leurs régimes respectifs.

Néanmoins, le droit positif tant national que français, en ce qui concerne le droit commun des contrats, a occulté tout régime relatif à la phase précédant la formation du contrat. Force est pourtant de constater que la période précontractuelle est souvent la scène de litiges, ceci a donc poussé la jurisprudence à définir un cadre juridique à part entière s'articulant principalement autour du régime de la responsabilité précontractuelle, au fondement délictuel ou contractuel selon les cas. Par ailleurs, elle a élaboré des règles dont la liberté contractuelle est le maître mot qu'elle empreint de plus en plus du principe de bonne foi, celles-ci régissant le champ contractuel qui permet d'aller de la simple intention des éventuels contractants à leur volonté ferme de s'obliger. De ce fait, le champ contractuel est un facteur clé de formation du contrat.

En effet, ce dernier en tant qu'accord de volonté suppose que les éventuelles parties trouvent un terrain d'entente et ce, par le biais de négociations, qu'elle qu'en puisse être la forme mais dont il est le résultat.

En outre, l'existence, d'une part, d'une obligation précontractuelle d'information consacrée progressivement par la jurisprudence puis reprise ponctuellement par le législateur permet la constitution d'une « base d'informations » très fournie qui sera d'une utilité certaine à l'avenir si une clause du contrat devait être interprétée. De plus, cette obligation est assortie d'un régime des plus rigoureux prévoyant entre autres des sanctions tendant à dissuader le débiteur de ne pas l'exécuter.

D'autre part, des documents précontractuels, fruit de la volonté des parties ou résultat du respect de prescriptions légales, qui se déclinent en plusieurs formes allant de l'accord préparatoire à la correspondance, ponctuent l'avancée des pourparlers vers la conclusion du contrat définitif. Sous réserve du respect de certaines conditions tenant essentiellement aux parties, la jurisprudence semble de plus en plus admettre ce type de document pour l'éclairer dans des opérations d'interprétation des termes d'un contrat.

Facteur de formation du contrat ou outil d'interprétation qui peut s'avérer essentiel pour le juge, le champ précontractuel joue un rôle très marqué qui est loin d'être négligeable au regard du contrat .

**Mots-clés :** contrat, champ précontractuel, obligation précontractuelle d'information, document précontractuel, responsabilité précontractuelle, pourparlers, avant-contrat, négociations, bonne foi, liberté contractuelle.

**Directeur de Mémoire:** Monsieur RAMAROLANTO-RATIARAY, Professeur Titulaire.



## INTRODUCTION

Le contrat est le produit de la rencontre de volontés qui s'accordent. Ainsi un cheminement doit donc être opéré par les volontés respectives des personnes en présence pour arriver à cet accord.

Force est néanmoins de constater que le législateur semble avoir fait l'impasse sur ces rapports intervenants entre ces personnes en vue de la conclusion des contrats. Un tel constat est d'autant plus remarquable que la conclusion progressive du contrat semble être le principe à l'époque contemporaine, compte tenu de l'importance des enjeux essentiellement économiques que contiennent souvent les conventions.

De nos jours, les contrats sont en effet de plus en plus le fruit d'une longue élaboration par les parties éventuelles. Durant cette période, des investissements considérables sont d'une part souvent opérés par les personnes en question, et cette phase précontractuelle est d'autre part susceptible d'être, à l'occasion, la scène de nombreux litiges relatifs au sort des rapports qui s'y déroulent notamment en ce qui concerne les engagements qui y naissent.

Une question vient alors à l'esprit concernant le bien fondé d'un tel silence des textes en ce qui concerne tout ce qui est du domaine précédant la formation du contrat. Il importe par conséquent de se demander : quel est en pratique le rôle revenant au champ précontractuel vis-à-vis du contrat ?

Dans le but d'y apporter une réponse, il convient d'aborder dans les développements ci-après, d'une part, le champ précontractuel en tant que facteur de formation du contrat, ce qui fera l'objet d'un chapitre premier et d'autre part, le champ précontractuel en tant qu'outil d'interprétation du contrat, lequel sera étudié dans un chapitre second. Néanmoins, avant d'entrer dans le vif du sujet, il est nécessaire d'examiner le champ précontractuel dans l'ordonnement juridique dans une section préliminaire.

## **Section Préliminaire: Le champ précontractuel dans l'ordonnement juridique**

### **A/ En droit français**

#### ***1. Absence de dispositions générales***

Force est de constater que le Code civil, si l'on considère sa partie relative au droit des obligations, passe toute la période précontractuelle sous silence. En effet, l'accent est plutôt mis sur la formation du contrat lui-même, et plus spécialement sur le consentement. D'ailleurs, le contrat n'y est appréhendé qu'à partir du moment de sa « naissance ».

Un tel constat se justifie par la théorie de l'autonomie de la volonté que les rédacteurs du code civil ont prise en compte. Celle –ci suppose notamment qu'un individu n'est obligé que parce qu'il l'a voulu. Le consentement, qui, en plus d'être la volonté des parties, est également l'accord des volontés. On ne saurait alors concevoir l'existence d'un contrat sans le consentement, qui est son élément essentiel. Le champ précontractuel n'a pas alors fait particulièrement l'objet des préoccupations des rédacteurs du code civil, qui ont concentré leurs efforts sur le consentement en question.

#### ***2. Quelques dispositions spécifiques éparses***

Suite principalement au développement de la consommation de masse, à la présence constante de la publicité, la protection du consommateur s'est avérée être de plus en plus une nécessité. C'est ainsi qu'on a assisté principalement à l'émergence relativement récente d'un Code de la consommation, lequel considère entre autres le champ précontractuel d'un point de vue assez général, dans ses dispositions, en son article L 111-1. Ce dernier y fait expressément référence en utilisant les termes « avant la conclusion du contrat ».<sup>1</sup> Bien que l'article précité ne concerne que les contrats de consommation, il lui faut effectivement reconnaître une portée très large, nombre de contrats se concluant entre professionnel et consommateur.

---

<sup>1</sup> Le professionnel doit « avant la conclusion du contrat, mettre le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du bien ou du service ».

## Le champ précontractuel

A partir de 2004, un chapitre VII a été inséré à la fin du Titre III relatif aux « contrats et aux obligations conventionnelles en général ». Celui-ci traite des contrats sous forme électronique et prévoit entre autres les modalités d'échange d'information « en vue de la conclusion d'un contrat »<sup>2</sup> et évoque dans l'article relatif au contenu de l'offre les « différentes étapes à suivre pour conclure le contrat par voie électronique ».<sup>3</sup>

Il faut enfin signaler que cette liste est loin d'être exhaustive. Ces deux textes ont été principalement mentionnés dès lors qu'ils présentent des dispositions ayant un champ d'application plus large et sont donc susceptibles d'être appliqués à nombre de contrats, contrairement à des textes plus spécifiques, tels ceux concernant, les contrats de distribution.<sup>4</sup>

### **3. Une prise en compte par l'Avant-projet de réforme du droit des obligations**

En matière de droit des obligations en général et de droit des contrats, en particulier, les dispositions essentielles contenues dans le code civil dénotent un décalage par rapport à la pratique contractuelle proprement dite<sup>5</sup>. Ceci a été d'autant plus conforté par la vague de réformes des « homologues » européens du code, en vue de s'accorder justement à ces pratiques, et par la perspective d'un droit européen des contrats. Par conséquent, l'idée d'une réforme du droit des obligations s'est construite au fil des années notamment au cours de différents séminaires et colloques<sup>6</sup>, notamment celui nommé par CATALA comme un « colloque-déclic », <sup>7</sup>et s'est finalement concrétisée par l'élaboration de l'avant projet de réforme du droit des obligations ou « avant-projet CATALA » à partir de l'année 2004.

Dans le projet précité, le champ précontractuel n'est pas en reste puisque ses rédacteurs l'ont intégré dans le chapitre « Dispositions générales » du sous-titre « Du

---

<sup>2</sup> art. 1369-2

<sup>3</sup> art. 1369-3

<sup>4</sup> Loi « Doubin » du 31 décembre 1989.

<sup>5</sup> « la lettre du Code civil est restée immobile, figée, le lettre et l'esprit du droit français des contrats ont en revanche, considérablement évolué », D. MAZEAUD in Observations conclusives, [www.lexinter.net](http://www.lexinter.net)

<sup>6</sup> Dont celui du bicentenaire du Code civil (français) organisé par l'association Henri Capitant et la Cour de cassation

<sup>7</sup> Colloque organisé par la faculté de Sceaux qui mettait en parallèle le droit français avec les « principes européens du droit des contrats » issus des travaux de M. Lando.

## Le champ précontractuel

contrat et des obligations conventionnelles en général »<sup>8</sup>. Le champ précontractuel y est donc pris en compte dans les articles 1104 à 1107 du Code civil en ce qui concerne les rapports des parties, informels ou encadrés par des avant-contrats, pendant la période précédant l'accord des volontés. Ce faisant, le projet intègre les contrats préparatoires dans le code civil et prend également en considération les négociations et leur sort. Les rédacteurs ont ainsi suivi la ligne directrice qu'ils s'étaient en partie fixée : « *passer au crible les Titres III et IV du livre troisième du Code civil pour en détecter les silences* »<sup>9</sup>

Ces apports méritent d'être salués en ce sens qu'ils consacrent des principes et/ou des solutions élaborés par la jurisprudence du temps de la carence sinon du silence des textes par exemple en ce qui concerne l'offre ou surtout les négociations<sup>10</sup>. D'autre part, les dispositions qu'il préconise sur certains points ont le mérite de trancher des cas, objet de débats en matière précontractuelle et donc, dont des solutions arrêtées n'ont pas encore été clairement avancées par la jurisprudence<sup>11</sup>.

L'avant projet de réforme semble avoir plusieurs sources : la doctrine, la jurisprudence dont il fait « une réception massive », le projet de code européen des contrats<sup>12</sup>, les principes d'Unidroit<sup>13</sup>.

La prise en compte du champ précontractuel par celui-ci s'explique tout d'abord et essentiellement par la réponse à un besoin issu de l'importance de ce dernier dans la pratique contractuelle actuelle, ayant amené la jurisprudence à introduire des notions<sup>14</sup> mais surtout à élaborer des solutions au fur et à mesure où elle est amenée à connaître des litiges s'y rattachant, ce qui est fréquent. Ceci reflète bien l'« adaptation de la jurisprudence aux contraintes économique et sociale »<sup>15</sup>. L'avant-projet élabore ainsi

---

8 Ce qui est traduit par certains dont D.MAZEAUD comme une place qui n'est pas à la hauteur de l'importance de cette période dans le processus précontractuel. Si on suit son raisonnement, ce qui se justifie, le champ précontractuel est relégué au rang de simples dispositions générales.

9 P. CATALA présentation générale du projet (avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription)

10 Art. 1104 à 1107 de la section 2 intitulée « De la formation des contrats »

11 Cas des contrats entre absents notamment.

12 Code Lando, Gandolfi

13 Principes conçus par l'institut international pour l'Unification du Droit privé (UNIDROIT), organisation intergouvernementale indépendante créée comme organe auxiliaire de la Société des Nations, puis reconstituée, après la dissolution de cette dernière, en vertu d'un accord multilatéral nommé « statut organique d'UNIDROIT ».

14 Telle l'obligation « précontractuelle d'information »

15 G.CANIVET et N.MOLFESSIS, la politique jurisprudentielle, [www.courdecassation.fr](http://www.courdecassation.fr)

## Le champ précontractuel

quasiment, pour reprendre les termes d'un auteur, un « restatement » de solutions jurisprudentielles acquises<sup>16</sup>.

Ensuite, comme il l'a été développé ci-dessus<sup>17</sup>, ces dernières années ont vu la multiplication de dispositions concernant surtout la protection de la « partie faible », notamment le consommateur, et traitant pourtant du champ précontractuel. Ceci n'a toutefois pas été prévu par le code civil qui devrait, en principe, être la référence pour tout contrat puisqu'il est le droit commun des obligations, donc du contrat.

Enfin, les principes d'Unidroit relatifs aux contrats de commerce international<sup>18</sup>, en réponse à cette tendance de prolongement de la période des négociations, qui semble être désormais la règle dans ce domaine contrairement à la formation instantanée prévue par le Code civil, prévoient de régler les rapports intervenant dans la période précontractuelle par le biais de ses articles se rapportant aux négociations<sup>19</sup>. Ces principes ont d'ailleurs été la base de ceux conçus par la commission Lando<sup>20</sup>, en vue notamment d'un projet d'harmonisation européenne du droit des obligations par la création d'un code civil européen dont les esquisses ont été élaborées sous la direction de juristes européens, principalement, LANDO et GANDOLFI.

La phrase suivante d'auteurs chargés de l'élaboration de l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription permet de résumer l'état du droit positif français en ce qui concerne le champ précontractuel : « *Le contraste est saisissant avec le luxe de détails dont font preuve le législateur français contemporain, notamment dans le domaine des contrats de consommation, et les projets d'harmonisation européenne du droit des contrats qui, eux, régissent avec une extrême minutie les différentes étapes qui conduisent de la simple intention de contracter à la conclusion de*

---

16 L. AYNES, vers une déontologie du contrat ?, mai 2006, [www.courdecassation.fr](http://www.courdecassation.fr)

17 Supra 2)

18 Conçus depuis les années 80 et diffusés en 1994

19 Art. 2.1.15 concernant la mauvaise foi durant les négociations et sa sanction, ( la mise en jeu de la responsabilité) le cas échéant : « (...)Toutefois, la partie qui, dans la conduite ou la rupture de négociations, agit de mauvaise foi est responsable du préjudice qu'elle cause à l'autre partie. » in principes d'Unidroit 2004, [www.lexinter.net](http://www.lexinter.net)

20 Commission pour le droit européen des contrats, nommée comme telle en référence à son président, Ole Lando.

*l'accord définitif.* »<sup>21</sup>

## **B/ Dans la législation nationale**

### ***1. Historique***

La législation nationale traditionnelle n'avait pas de loi qui traitait spécialement du droit des obligations. Quelques rares dispositions du code des 305 articles prévoyaient des dispositions ponctuelles concernant des contrats spéciaux tels la vente. Tel est le cas, par exemple, de l'article 133 relatif à la vente de lambamena « entachée de supercherie » punie par une amende.

Dans l'ordonnement juridique national, le contrat ainsi que tout ce qui s'y rapporte- dont en principe le champ précontractuel- est régi par la loi sur la théorie générale des obligations ou LTGO<sup>22</sup>. Cette loi constitue ainsi la référence en droit des obligations à Madagascar. Elle est en fait une codification revue et complétée d'ordonnances ou de loi ayant traité de la matière des droits des obligations depuis l'acquisition de l'Indépendance. Il s'agit en l'occurrence de celles sur la preuve des obligations civiles<sup>23</sup>, sur les obligations indépendamment de leurs sources<sup>24</sup>, et sur la source des obligations<sup>25</sup>. Il est à remarquer que la loi sur la théorie générale des obligations en question reprend souvent des dispositions du code civil, qui est donc aussi une de ses sources, sinon la principale.

### ***2. Contenu***

La loi sur la théorie générale des obligations, si elle s'inspire dans sa quasi-totalité, du code civil, passe toute la phase précédant la formation du contrat sous silence. Lors de la rédaction de la loi sur la théorie générale des obligations, le législateur a pourtant profité des apports de la jurisprudence et de la doctrine française. C'est dans cette optique que cette loi est, dans certaines de ses dispositions, plus élaborée que le code

---

21 P. DELEBEQUE et D. MAZEAUD in Observations conclusives, (avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription) [www.lexinter.net](http://www.lexinter.net)

22 Loi n° 66-003 du 2 juillet 1966

23 Ord. n° 62-007 du 30 juillet 1962

24 Ord. n° 62-037 du 19 septembre 1962

25 Loi n° 65-003 du 9 juin 1965

### Le champ précontractuel

et a eu la possibilité de consacrer des solutions jurisprudentielles. L'intégration des éléments de la formation du contrat, dans ses articles l'illustre tout à fait. La loi sur la théorie générale des obligations traite effectivement de l'offre et de l'acceptation en ses dispositions.<sup>26</sup>

Néanmoins, une remarque semblable à celle émise dans les développements antérieurs s'impose elle aussi : celle de l'impasse qu'a faite le législateur concernant le champ précontractuel lui-même.

---

<sup>26</sup> art. 81 à 87

## **Chapitre I: Le champ précontractuel : facteur de formation du contrat**

Pour une étude du champ précontractuel au regard de la formation du contrat il conviendra d'adopter, dans les développements qui suivent, une double approche.

D'une part, nous examinerons le champ précontractuel selon une approche temporelle, donc par rapport au facteur temps dans le processus contractuel général, ceci fera l'objet d'une section première : « Champ précontractuel et processus contractuel ».

D'autre part, le champ précontractuel sera appréhendé par son contenu sinon sa caractéristique : les négociations, auxquelles la seconde section sera consacrée.

### ***Section 1- Champ précontractuel et processus contractuel***

Afin de déterminer la place des pourparlers dans le processus contractuel, il convient d'aborder successivement les différentes phases aboutissant à la formation du contrat, dont il sera question dans une sous-section première ; et les négociations, qui feront l'objet de la seconde sous-section.

#### **Sous section 1: Les différentes phases aboutissant à la formation du contrat**

Nous aborderons dans un premier temps les définitions, et dans un second temps, les phases proprement dites.

#### **Paragraphe 1: Définitions**

##### **A/ Formation du contrat**

Selon le Code civil, « *le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose.*»<sup>27</sup>

---

27 art. 1101



## Le champ précontractuel

La Loi sur la Théorie Générale des Obligations dispose que le « *contrat est une convention qui naît de l'accord des volontés de deux ou plusieurs personnes.* »<sup>28</sup>.

Il ressort des définitions précédentes que le contrat suppose aux moins deux volontés dont l'accord est l'élément indispensable à sa formation. Une disposition dans le corps du second texte dissocie les éléments de cette rencontre de volonté et précise ce faisant que « *le contrat se forme par la rencontre des volontés des contractants se manifestant par l'acceptation d'une offre de contracter* ». <sup>29</sup> Le consentement au contrat est donc réalisé par la rencontre des volontés des contractants, l'une exprimant l'offre (ou pollicitation), l'autre l'acceptation.

Une offre ou « pollicitation » intervient donc en premier lieu et émane du contractant qui prend l'initiative d'entrer dans une relation contractuelle. Elle est analysée comme une manifestation de volonté unilatérale et traduit sans conteste un engagement en bonne et due forme du pollicitant.

La définition retenue par l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription est la suivante : « *L'offre est un acte unilatéral déterminant les éléments essentiels du contrat que son auteur propose à personne déterminée ou indéterminée, et par lequel il exprime sa volonté d'être lié en cas d'acceptation.* »<sup>30</sup>

Il convient ainsi de remarquer que toute proposition ne constitue pas une offre, au sens juridique du terme. Pour ce faire, elle se doit de revêtir des caractères bien déterminés : il faut qu'elle soit précise, ferme et non équivoque<sup>31</sup>. L'idée générale est que l'essentiel sinon la totalité de la détermination des éléments du contrat éventuel est déjà contenue dans la pollicitation de sorte que l'acceptation de celle-ci, à elle seule, rende parfaite la formation du contrat.

Ceci ne serait premièrement vérifié que si l'offre est précise. Cela signifie qu'elle doit contenir les éléments essentiels du contrat. Concernant ces derniers, ils varient d'un contrat à un autre et d'un contractant à un autre.

---

28 art. 63

29 art. 81, al. 1

30 art. 1105 al. 1

31 cf infra paragraphe 2

## Le champ précontractuel

D'une part, il peut être mentionné la catégorie de ceux « objectivement essentiels » auxquels sont rattachés tous les éléments se rapportant au contrat en soi projeté. Tel est le cas par exemple des prestations principales escomptées ou de certaines précisions quant à la dénomination que donne l'offrant au contrat.

D'autre part, en opposition ou à côté de cette catégorie, se trouve celle des « éléments subjectivement essentiels ». Ceux-ci, comme la dénomination l'indique, peuvent être considérés comme secondaires au premier abord, cependant, du fait de l'importance que leur accorde l'offrant, constituent en quelque sorte, en de termes simples, les conditions et modalités du contrat telles que ledit pollicitant les conçoit et ce que ce dernier attend de celui-ci.

Par ailleurs, l'offre doit aussi être ferme, de manière à ce qu'elle illustre bien l'engagement du pollicitant à conclure le contrat. Cela signifie que la décision du concerné est déjà arrêtée et que, s'il n'en tenait qu'à lui, le contrat serait déjà conclu, donc, seule l'acceptation provenant du destinataire est attendue pour « compléter le tableau ». En effet, si l'offre est suivie d'une acceptation, le contrat est conclu, l'offrant aura à sa charge des obligations et qui dit obligation dit volonté, qui dit volonté de s'engager dit fermeté de l'offre. Ce qui soulève la question délicate de l'offre assortie d'une réserve, expresse ou tacite.<sup>32</sup>

Etant donné en effet que la réserve représente une restriction de cette volonté, sa présence peut influencer sur la qualification d'une proposition en offre. En pratique, si la réalisation de la condition contenue dans la réserve ne dépend pas exclusivement de la volonté du proposant, il peut se déduire que sa volonté se rapproche plus de la conclusion du contrat que d'une simple proposition, on peut alors retenir la présence d'une offre, au sens juridique<sup>33</sup>.

La qualification présente un intérêt certain car il y va du régime juridique qui sera appliqué, notamment au cas où la pollicitation ferait l'objet d'une révocation abusive, par exemple quand l'offrant ne maintient pas son offre assortie d'un délai.

---

32 Cas des contrats conclus intuitu personae dans lesquels la réserve porte sur la personne du futur cocontractant.

33 En ce sens, F.Terré P.SIMLER et Y.LEQUETTE, droit civil- Les obligations, 7<sup>ème</sup> édition, ed. Dalloz et J.GHESTIN, traité de droit civil II, le contrat, ed. L.G.D.J.

## Le champ précontractuel

Enfin, l'offre ne doit pas être équivoque. La manière de respecter cette condition se réalise, comme il l'est communément admis, par le fait de son extériorisation.

Après avoir examiné de plus près les caractères qu'une offre doit présenter, une remarque doit être faite quant aux deux types d'offre, dégagés en considération de son destinataire.

La sollicitation peut être d'une part faite à personne déterminée, si cette dernière émet son acceptation, le contrat est formé et, dans la suite immédiate, l'offrant, celui qui a fait une offre, et l'acceptant, celui qui émet l'acceptation deviennent donc des parties au contrat en question.

Il est aussi possible que l'offre soit faite au public ; dans un tel cas, c'est la personne qui accepte la première qui devient le cocontractant de l' « ancien » offrant.

Ainsi le contenu du contrat a bien été défini par l'offre elle-même. L'autre élément de la formation du contrat peut alors intervenir en fonction de la volonté de s'engager de celui dont il émane. Ceci est nécessairement vérifié dans notre hypothèse de travail, sinon il n'y aurait pas formation du contrat. Cet autre élément est l'acceptation.

L'acceptation peut être définie comme la manifestation de la volonté du destinataire de l'offre de contracter, manifestation qui forme le contrat. Celle-ci doit être homogène c'est-à-dire porter sur l'offre dans sa totalité,<sup>34</sup> et non sur quelques-uns de ses éléments uniquement. Cependant, si elle concerne tous les éléments essentiels, le contrat est réputé formé. En effet, de par l'acceptation, les parties se sont alors accordées sur ces éléments, tel est le cas par exemple du contrat de vente : il est nécessaire et suffisant que les parties en cause soient d'accord sur l'objet et le prix. En réalité, la pratique n'est pas aussi simple, dès lors qu'il est difficile de distinguer l'élément essentiel de ce qui ne l'est pas, notamment quand celui-ci relève de considérations subjectives. En cas de litige, il reviendra au juge d'essayer de s'atteler à cet exercice.

---

34 Plus simplement, seul un « oui » est une acceptation, le « oui mais ... » ne l'est pas.

## Le champ précontractuel

Au niveau de la forme, l'acceptation peut être expresse, donc exprimée par la parole, ou par exemple, un écrit, mais également par un geste. Elle ne peut par contre pas être présumée, cela signifie que le silence n'est pas une expression de la volonté de contracter, il ne vaut pas acceptation. Une exception, est néanmoins prévue par la loi sur la théorie générale des obligations, exception d'ailleurs issue de la jurisprudence française, où il est précisé que « *le silence ne vaut acceptation de l'offre que dans les cas où, à raison des circonstances, et notamment des relations d'affaires entre les parties, cette offre n'appelle pas d'acceptation expresse.* »<sup>35</sup>.

Parfois, et c'est de plus en plus le cas actuellement, les deux contractants ne sont pas en présence et il est par conséquent difficile de déterminer le lieu mais surtout le moment de la formation du contrat. Serait-ce au moment où l'acceptation est émise ? C'est le système de l'émission. Ou serait-ce plutôt à celui où elle est reçue par l'offrant ? Il s'agit alors là du système de la réception.

Ces questions ont fait et font l'objet de nombres de débats. Pour éviter sûrement un tel état de fait, le législateur malgache a tranché la question dans la Loi sur la Théorie Générale des Obligations. Ainsi il pose le principe mais laisse un champ de liberté aux parties en ces termes : « Entre absents, le contrat se forme au lieu et au temps où l'acceptation parvient à l'offrant, sauf stipulations contraires ou circonstances particulières. »<sup>36</sup>, encore faudrait-il savoir ce que seraient ces circonstances précitées.

Toujours est-il que l'acceptation émise, il y accord de volontés et le consentement participe à titre principal à l'existence du contrat. D'après l'hypothèse classique, le caractère instantané de la formation du contrat et des actes juridiques en général semble être le principe.

Ceci procède du principe du consensualisme, issu lui-même de la théorie de l'autonomie de la volonté. La volonté étant tout à fait souveraine, c'est elle qui a le pouvoir d'obliger les parties dont le consentement, qui est alors l'accord de leurs volontés, en est aussi l'expression. Dès lors que seul le consentement suffit pour qu'on constate

---

35 art.81, al 1

36 art.83

### Le champ précontractuel

l'existence d'un contrat, dès que le destinataire de la sollicitation émet son acceptation, le contrat est formé sans qu'aucune autre formalité ne soit nécessaire.

Pour résumer, si elle signifie que le contrat prend naissance en un trait de temps, l'instantanéité de la formation de ce contrat implique aussi que la rencontre de l'acceptation et de l'offre entraîne d'une manière spontanée la naissance du contrat, tout au moins dans l'hypothèse où les futures parties au dit contrat n'en ont pas prévu autrement.

Une telle hypothèse peut en effet se rencontrer notamment, quand la rédaction d'un acte authentique est considérée par les parties comme une condition de validité, du contrat, à part entière. Une telle éventualité se rencontre, par exemple, lorsqu'au moment de l'échange des consentements elles concluent un acte sous-seing privé et prévoient que ce dernier devra absolument être réitéré par un acte authentique, qui est alors requis, *ad validitatem*. Il peut aussi en aller de même dans celui où c'est l'authenticité de l'acte en lui-même qui a déterminé le contractant à conclure le contrat. Dans ce cas, contrairement au cas précédent, les parties éventuelles n'ont pas signé d'acte sous-seing privé.

Un tel schéma d'accord de volontés « instantané » est surtout noté dans nombre de contrats de la vie courante. A titre d'illustration, il convient de faire appel à l'exemple classique qui se rencontre très fréquemment et qui paraît être le plus simple: celui de l'offre au public faite par un commerçant. Il manifeste ainsi sa volonté ferme de vendre ces objets à un prix déterminé, il suffira à tout intéressé de manifester à son tour sa volonté de se porter acquéreur de l'objet en cause en offrant d'en payer le prix, et le contrat est formé. Dans un tel contrat, la volonté du vendeur est effectivement déterminée, dans tous ses éléments, par la seule offre qu'il a faite.

A l'opposé de ces contrats, il convient de remarquer l'existence d'autres dans lesquels cet accord de volontés est chose beaucoup plus difficile à obtenir. En effet, tout contrat ne peut se former que lorsque les contractants éventuels tombent d'accord sur tous les éléments, dont ceux étant essentiels, de cette convention qu'ils se proposent de conclure. C'est à ce niveau qu'intervient la notion de « champ précontractuel ».

## **B/ Le champ précontractuel**

Le schéma de la formation d'un contrat le plus simple a été retracé par l'article 81 de la LTGO. Comme il a cependant été soulevé dans les développements antérieurs, la plupart des contrats contemporains se caractérisent par le fait qu'ils sont précédés d'une période de négociations assez, voire même considérablement, longue. Ce schéma de formation du contrat est tout à fait lointain du processus de formation classique des contrats où l'offre était de suite « accueillie » par son destinataire sans discussion aucune, ce dernier émettant son acceptation à cette occasion, le contrat étant alors formé au même moment. C'est ainsi qu'il est possible de distinguer deux classes de contrats, en fonction de leur formation : les uns relativement simples comme l'exemple cité ci-dessus : l'offre au public, les autres beaucoup plus complexes tels les contrats portant sur un fonds de commerce, par exemple. Etudier le champ précontractuel avec la formation du contrat suppose surtout que les contrats en question sont rattachés à cette seconde et dernière catégorie.

Dans ces contrats, l'élaboration de l'offre dure plus longtemps car les enjeux sont souvent énormes, en plus des discussions qui porteront, dans la plupart des cas, sur des aspects techniques très pointilleux. En effet, ceux qui se proposent de conclure un contrat n'ont alors pas encore de volonté définitivement fixée; chacun des individus en présence ne connaît pas quels seront les tenants et aboutissants du contrat projeté.

Ainsi, le champ précontractuel concerne tout ce qui précède la formation du contrat, contrat nécessitant une certaine élaboration. Si le contrat est un accord de volontés cela laisse entendre que les volontés des parties peuvent initialement diverger et s'accorder ensuite sur les points qui seront l'assise du contrat. Cet accord procédera alors d'une succession de propositions et contre-propositions, d'une « maturation progressive »<sup>37</sup> des volontés respectives des parties éventuelles en vue de trouver un terrain d'entente, et finalement conclure le contrat en question. Les points de vue pouvant être contradictoires à l'origine, donc au moment du premier contact entre les parties éventuelles arrivent, pas à pas, à s'accorder. Si le contrat est un acte de prévision par

---

37 F.TERRE, P.SIMLER et Y.LEQUETTE in « Droit civil, Les obligations 7<sup>ème</sup> édition, éditions Dalloz

## Le champ précontractuel

excellence, il est vrai que le prendre à la légère serait prendre un pari très risqué dès le départ.

Par conséquent, il est aisément compréhensible que ceux que le contrat liera soient réticents à bâcler la phase « de préparation » du contrat qui appartient au champ précontractuel. Il est en effet préférable de bien peser le pour et le contre, de déterminer les conditions d'exécution du contrat ou principalement de déterminer et négocier le contenu non seulement de ses obligations mais aussi de celles qu'on attend de son futur cocontractant.

Un tel état de figure est de plus en plus fréquent de nos jours, et ceci suite à plusieurs raisons.

Quelles sont donc les raisons qui expliquent cette tendance?

La première qu'il y a lieu de signaler est la part relativement moindre accordée originellement au formalisme. Le législateur, avec le code civil et/ou la Loi sur la Théorie générales des Obligations, n'en fait pas grand cas. Il est effectivement possible de remarquer qu'il ne subsiste dans certains contrats que pour protéger soit les parties soit l'intérêt des tiers<sup>38</sup>. Le principe de la liberté contractuelle domine la majorité de ces deux textes de lois relatifs aux obligations. Or celui-ci prévoit une liberté quant à la détermination du contenu du contrat. Ceci justifie l'existence d'une période précontractuelle, plus ou moins longue, selon les cas.

A cette première raison qui justifie l'existence d'une période précontractuelle, semble probablement s'ajouter une seconde. Cette dernière représente la cause de la fréquence des contrats dont la formation est précédée d'une phase assez longue. Elle réside non seulement dans la vie économique contemporaine mais aussi dans les avancées que connaît surtout le domaine technologique et enfin dans l'apparition de montages complexes créés par les contractants eux-mêmes et qui se sont intégrés dans la pratique contractuelle. A cet égard, il faut particulièrement noter que l'importance et la complexité des biens objets d'échanges et des modes selon lesquels ces derniers s'opèrent, font que

---

38 Par exemple les contrats relatifs aux immeubles.

## Le champ précontractuel

les parties éventuelles préfèrent ne pas se permettre de se satisfaire de la conclusion d'un accord « du jour au lendemain ».

Il est aussi utile de mentionner le développement de la publicité et celui phénoménal des moyens de communications, qui entraîne un raz-de-marée d'informations, et avec celles-ci autant de contrats que de contractants possibles. Celui-ci implique pour celui qui souhaite conclure un contrat, notamment le consommateur, la nécessité de poser un bémol et ainsi progresser par petits pas, sans précipiter les choses, vers l'accord contractuel et partant, la formation définitive du contrat.

Ces états de fait altèrent par conséquent quelque peu le schéma classique, qui semble ne rien envisager avant la rencontre des volontés, puisque le contrat n'apparaît alors plus exclusivement comme la ligne de départ mais plutôt comme la ligne d'arrivée de tout un « parcours préparatoire »<sup>39</sup>. Le champ précontractuel est alors le cadre de tous ces échanges à l'occasion de l'élaboration du contrat.

Ayant défini le champ précontractuel, il convient maintenant de le « disséquer » en adoptant une approche chronologique, cela revient à soulever la question des différentes phases aboutissant à la formation d'un contrat.

### **Paragraphe 2: Phases proprement dites**

Le champ précontractuel correspond à une modification progressive des volontés respectives des parties éventuelles dont la finalité est la formation du contrat. Pendant les négociations, les parties cherchent effectivement à atteindre le « tope la »<sup>40</sup> final. Il faut remarquer qu'il n'existe pas à proprement parler de sectionnement bien distinct de la période précontractuelle. Le présent paragraphe se propose de présenter les séquences qu'elle semble contenir. Nous examinerons donc ci-après les moments qui s'avèrent utiles d'être distingués à savoir, en premier lieu, la proposition d'entrer en contact (A); en second lieu, les négociations proprement dites (B) permettant d'arrêter le contenu d'une offre.

---

<sup>39</sup> J. SCHMIDT, [www.revuegeneralededroit.ca](http://www.revuegeneralededroit.ca)

<sup>40</sup> J. CARBONNIER, droit civil t 4, les obligations, 20<sup>ème</sup> édition mise à jour, ed. PUF



## **A / Proposition**

Cette première phase est celle qui enclenche tout le mécanisme d'élaboration de l'offre. Un individu a l'idée de conclure un contrat. Dans ce but, il va choisir une autre personne qui selon lui, sera celui avec lequel il pourrait effectivement envisager d'arriver à un accord. C'est alors l'invitation à entrer en pourparlers, si l'autre l'accepte, ils entrent tous deux dans la seconde phase qui est celle des négociations proprement dites.

A titre d'illustration, il sera fait appel à un exemple courant : celui d'un employeur qui prévoit de recruter du personnel, il cherchera un candidat potentiel. Une fois qu'une personne attire son attention car elle lui semble être l'employé qu'il cherche, il porte alors ses intentions à la connaissance de la concernée.

Un autre exemple classique, est celui d'une personne qui veut faire construire une maison; il va tout d'abord s'adresser à un entrepreneur et lui faire part de son idée générale. Pour simplifier, l'invitation à entrer en pourparlers est dans ce cas la première discussion, une sorte de «prise de contact ».

Une précision s'impose toutefois quant à l'invitation d'entrer en pourparlers qui n'est pas l'offre, entendue selon son sens juridique. Elle est bien moins que la sollicitation.

De manière générale, toute proposition de contracter qui ne remplit pas les caractères nécessaires emportant qualification d'offre est classée par le juge comme étant une « simple invitation à entrer en pourparlers »

Qu'en est-il alors de la seconde phase ?

## **B / Négociations**

La phase qui succède à celle développée ci-dessus est celle des négociations appelées aussi « pourparlers »<sup>41</sup>. Ces derniers portent sur les éléments du contrat proposé,

---

41 Cf infra, sous-section 2, paragraphe 2, B)

### Le champ précontractuel

les discussions sont plus affinées et se précisent donc de plus en plus dans le but de concilier les divergences correspondantes. Chacun des éventuels contractants établit un rapport avantages/inconvénients pour pouvoir décider s'il doit ou non envisager de conclure le contrat.

Le but, à ce niveau, c'est de tomber d'accord sur le même contenu du contrat, les tractations tendent à la recherche d'un accord de volontés, elles portent sur les obligations devant incomber à chacune des parties, et principalement sur les éléments essentiels du contrat. A cet effet, les parties éventuelles discutent ces éléments, souvent pris un par un. Cette manière de procéder démontre pourquoi le cheminement vers la formation du contrat ne se réalise pas en un trait de temps. Des auteurs le qualifient d'ailleurs de facteurs de complication<sup>42</sup>.

Ainsi, par rapport à l'exemple précité, celui qui souhaitait faire construire une maison va fournir à l'entrepreneur des indications plus détaillées; il l'informera sur le prix qu'il a prévu, sur la configuration des constructions en question, il lui fera part des types de sanitaires, par exemple, qu'il souhaite installer. Sur la base de ces indications, l'entrepreneur établira des devis, des suggestions de plans qu'il présentera. Lorsque l'entrepreneur aura ces renseignements, il établira une autre proposition qu'il ira communiquer ensuite à celui qui serait son éventuel cocontractant, lequel pourra par exemple demander à l'entrepreneur d'apporter des modifications etc...

A titre de remarque, la durée de cette phase occupe la majeure partie de la période précontractuelle. Dans tous les cas, ce qui est sûr, c'est que celle-ci dépend de l'évolution des tractations, et il se peut qu'elle prenne plusieurs années. En fait, le fait par les parties de repousser, par le biais de l'allongement de la durée des négociations, l'ébauche finale du contrat, est aussi quelque part vu comme une manière de s'assurer qu'en décidant de conclure le contrat, elles ont probablement fait le bon choix .

En ce qui concerne les négociations, celles-ci font apparaître petit à petit la probabilité d'un accord. C'est au cours de cette phase que le projet de contrat initialement flou va tout à fait se parfaire jusqu'à ce que la volonté de l'une des éventuelles parties

---

42 F.TERRE P.SIMLER et Y.LEQUETTE, droit civil- Les obligations, 7<sup>ème</sup> édition, ed. Dalloz

## Le champ précontractuel

au contrat soit déterminée d'une façon définitive. En effet, dans ce cas, il y a lieu de dire que les négociations représentent en fait une phase d'élaboration de l'offre. Plus ces discussions entre les concernés avancent dans le temps, plus la simple proposition d'entrer en pourparlers devient, plus ferme, plus précise. Bref, elle se solde alors par la détermination de l'offre de contracter, si tout se déroule bien, ce qui est notre hypothèse de travail. La partie qui a établi un projet qui la satisfait émet sa volonté définitive de contracter par le biais d'une offre avec tous les attributs que cette dernière exige<sup>43</sup>.

Donc la délimitation du champ précontractuel appréhendé par rapport au facteur temporel, cela va de soi, coïncide avec celle de la période précontractuelle dont la fin est l'émission de l'offre, émission faisant déjà partie de la phase suivante, ce qui est d'ailleurs communément admis.<sup>44</sup>

Tel est donc le résultat de l'essai d'un sectionnement du champ précontractuel au regard d'une approche chronologique, sectionnement qui n'est seulement, rappelons-le encore une fois, qu'un schéma général qui semble ressortir de la pratique bien que, il faut aussi le souligner, lesdites phases ne se démarquent pas toujours nettement les unes des autres.

Après avoir précisé les différentes phases préparant la formation du contrat, il convient d'examiner « les négociations » qui feront l'objet de la prochaine sous-section.

### **Sous section 2: Des négociations**

Dans cette sous-section, nous aborderons successivement le déroulement des négociations (paragraphe 1) et les pourparlers (paragraphe 2).

---

43 Cf supra, sous-section 1, paragraphe 2, B)

44 J. SCHMIDT-SZALEWSKI, « Une telle manifestation de volonté, qualifiée d'offre, fait naître chez son destinataire le pouvoir de former le contrat en donnant son acceptation. Celle-ci met fin à la période précontractuelle, en provoquant la formation du consentement, condition nécessaire et, en principe, suffisante à l'existence du contrat » ; in La période précontractuelle en droit français - Revue Internationale de droit Comparé 1990, 545 et s.

Dans le même sens, SERNA, « Mais ce sera toujours de l'offre que partira la situation contractuelle. Il faut donc penser que les négociations s'arrêtent à l'émission de l'offre de contrat exclue. » in Le refus de contracter, Ed. LGDJ 1967.

## **Paragraphe 1: Déroulement**

Le déroulement des négociations au cours de la phase préparatoire de la formation d'un contrat obéit à un principe : la liberté et à son tempérament dégagé par la jurisprudence: la « bonne foi ».

### **A / Principe : Liberté**

En matière de négociation, le principe qui sous-tend les rapports entre les parties est celui de la libre conduite des pourparlers, qui a pour corollaire la liberté de conclure ou de ne pas conclure. Ce principe de la liberté de négociation représente un principe fondamental.

Ce principe est issu directement de celui de la liberté contractuelle lui-même issu du libéralisme individualiste dont s'est imprégné le législateur principalement lors de la rédaction du Code Civil. Dès lors, c'est la théorie de l'autonomie de la volonté qui est la trame de la quasi-totalité du droit positif des contrats.

La liberté contractuelle suppose que chacun est libre d'aménager ses relations juridiques comme il l'entend, dès lors que chacun est le « meilleur juge de ses intérêts » et que « les individus peuvent, par leur volonté, se donner leur propre loi »<sup>45</sup>.

Elle recouvre plusieurs expressions de cette liberté : la liberté de conclure le contrat... ou pas, la liberté de déterminer la limite dans laquelle chacun veut être engagé, la liberté de choisir son cocontractant, mais aussi celle de déterminer la forme de l'accord. Ainsi, toute personne a d'abord, en principe le droit de conclure un contrat sans respecter une forme spéciale cela est une conséquence directe du principe du consensualisme. Il suffit que le consentement existe, indépendamment de toute exigence de forme, pour que l'on reconnaisse l'existence d'un contrat. Il appartiendra aux parties de discuter de la forme de leur accord durant la période préparatoire précédant la formation du contrat.

En ce qui concerne les négociations, il est d'une part admis que toute personne a en principe le droit de décider si elle entend ou non conclure un contrat, et, dans

---

45 F.TERRE P.SIMLER et Y.LEQUETTE, droit civil- Les obligations, 7<sup>ème</sup> édition, ed. Dalloz

## Le champ précontractuel

l'affirmative, de choisir la personne avec laquelle elle se liera. Parfois cette liberté de ne pas contracter souffre certaines restrictions. Tel est le cas, par exemple de tout propriétaire d'un véhicule qui doit, de par les dispositions légales et réglementaires, souscrire une assurance.

D'autre part, les parties sont libres de déterminer le contenu de leur contrat. Elles sont en effet considérées comme étant le seul juge de ce à quoi elles consentent respectivement à s'obliger, puisque c'est une restriction à la liberté primordiale de chacun.

De plus, la philosophie individualiste reconnaît que le contrat ne peut être que juste car, étant le fruit de négociations libres entre égaux, il est nécessairement le point d'équilibre de leurs intérêts antagonistes. D'où d'ailleurs l'existence du fameux « Qui dit contractuel, dit juste ».

Par conséquent, il est logique que les négociations en vue d'un tel équilibre, pour que chacun s'engage en connaissance de cause et détermine l'exacte portée de son engagement, soient librement conduites par les intéressés.

Une telle acception implique par ailleurs que chacun est libre à la fin de la période précontractuelle de conclure ou non le contrat ou encore, que les négociations avec une personne ne sont pas teintées d'un caractère exclusif.

En effet, concernant le premier point, cela provient du principe selon lequel, les parties sont libres de signer ou non.

Cependant, si la liberté est la règle cette liberté n'est pas discrétionnaire: nombreuses restrictions ont été consacrées par les juges au nom du principe de bonne foi.

### **B / Tempérament : la bonne foi**

L'article 1134, al. 3 du Code Civil et celui 123 de la Loi sur la Théorie Générale des Obligations consacrent le principe de l'exécution de bonne foi des conventions. Par contre, aucune disposition relative aux droit des obligations n'envisage expressément la bonne foi au stade de sa formation et encore moins à celui de la phase préparatoire qui la

## Le champ précontractuel

précède. Il est néanmoins admis que l'obligation générale de bonne foi s'impose au cours des négociations.

La notion de bonne foi étant elle-même floue, il n'est pas possible d'en dégager une définition arrêtée. Elle rejoint une idée de morale dans les rapports entre les parties éventuelles, certains auteurs utilisent le terme de « déontologie ». Il convient de citer, par exemple J. SCHMIDT-SZALEWSKI qui parle de « *déontologie de la négociation* »<sup>46</sup> ou L. AYNES qui en apporte une définition : « *A mi-chemin d'un « droit mou » et d'une « morale dure* »<sup>47</sup>, dit-on parfois approximativement la déontologie se présente comme un ensemble de règles de comportement, en marge du cœur même de la relation contractuelle, précédant la conclusion du contrat (...) »<sup>48</sup>.

Dans la pratique, la jurisprudence appréhende généralement l'impératif de bonne foi du point de vue de la manière de se comporter de l'un des éventuels contractants dans ses rapports avec l'autre. Il convient de relever que ladite notion de bonne foi semble donc impliquer des comportements qu'il est possible de classer en fonction de quelques devoirs précontractuels relatifs non pas à l'exécution du contrat mais à la conduite des pourparlers eux-mêmes. Tels est le cas, par exemple du devoir d'informer l'autre « partie », ou spécialement celui de se comporter loyalement, dont le contenu est soumis à la libre appréciation du juge, ce qui présente à coup sûr un risque d'arbitraire.

Il est d'ailleurs possible de déceler une tendance accrue de la part de la jurisprudence, à utiliser la notion de bonne foi comme instrument régulateur dans le droit des obligations, et plus spécifiquement en ce qui concerne les actes juridiques. Cela s'explique notamment par la réception de la doctrine dite du « solidarisme contractuel » qui critique celle classique de l'individualisme.

Selon cette école, le contrat, plutôt que d'être un lieu d'antagonisme devrait être une « œuvre de coopération » comme le relève Jean CEDRAS<sup>49</sup>, qui plus est, les parties

---

46 La période précontractuelle en droit français - Revue Internationale de droit Comparé 1990, 545 et s.

47 B. BEIGNIER, in Dictionnaire de la culture juridique cité par L. AYNES, vers une déontologie du contrat ?, mai 2006, [www.courdecassation.fr](http://www.courdecassation.fr).

48 L. AYNES, vers une déontologie du contrat ?, mai 2006, [www.courdecassation.fr](http://www.courdecassation.fr)

49 J. CEDRAS, le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de Cassation, [www.courdecassation.fr](http://www.courdecassation.fr)

## Le champ précontractuel

ne sont pas égales en fait. Des auteurs vont même encore plus loin en préconisant que les cocontractants devraient s'aimer comme des « frères »<sup>50</sup> aussi bien au niveau de l'exécution du contrat qu'à celui de sa formation, ceci pouvant être étendu à sa préparation.

D'ailleurs, les tenants de cette thèse rappellent souvent que dans le projet de Code civil de l'An VIII, l'exigence de bonne foi au niveau de la formation du contrat avait déjà été envisagée. Ainsi, les cocontractants devraient prendre en compte les intérêts de l'autre partie. Il est à remarquer que l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription à l'occasion de l'élaboration duquel les « solidaristes » avaient formulé leur souhait pour que celui-ci « *unisse le souffle de la morale et celui de la liberté (une seule parole, une bonne foi pour toutes)* »<sup>51</sup> a intégré cette disposition dans son texte.

En effet, dans la subdivision où il traite de la négociation du contrat, elle-même étant comprise dans la section relative à la formation du contrat, l'avant-projet précité dispose que : « *L'initiative, le déroulement et la rupture des pourparlers sont libres, mais ils doivent satisfaire aux exigences de la bonne foi.* »<sup>52</sup>

Bien que l'utilité de l'appel à la bonne foi pour tempérer le principe de la liberté durant la négociation soit reconnue, il est nécessaire d'une part de rappeler à l'esprit que si une personne conclut un contrat c'est en premier lieu pour des considérations de profit et non d'altruisme. D'autre part, la notion de bonne foi étant en elle-même assez floue, il reviendra donc au juge de distinguer la bonne de la mauvaise foi. L'avant-projet de réforme précité donne donc un large champ d'appréciation au juge.

Si tel est le cadre du déroulement des négociations précontractuelles, qu'en est-il de leurs formes ?

---

50 D. MAZEAUD in Observations conclusives, [www.lexinter.net](http://www.lexinter.net).

51 M.CORNU, préface in « Le droit contemporain des contrats » cité par D. MAZEAUD in Observations conclusives, [www.lexinter.net](http://www.lexinter.net).

52 Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, art.1104 alinea 2, Section 2 « De la formation du contrat »- §1 « De la négociation ».

## **Paragraphe 2/ Formes**

Les négociations, peuvent être de deux ordres : d'une part il convient de signaler les négociations dites « encadrées » (A) que nous examinerons dans un premier temps avant d'aborder, dans un second temps, les pourparlers proprement dits (B)

### **A / Négociations encadrées : avant-contrats**

Au cours de la période qui précède la formation du contrat, les parties ont la possibilité, si elles le souhaitent, d'aménager leurs rapports en ayant recours à l'utilisation de formes écrites aussi diverses les unes que les autres. Il est possible d'en dégager deux principales catégories les contrats dits préparatoires et les avant-contrats. Les premiers sont relatifs à la conduite des négociations elles-mêmes tandis que les seconds concernent et ont pour finalité la formation et la conclusion du contrat définitif.

En ce qui concerne les contrats préparatoires, ces derniers organisent les négociations entre les parties au niveau de la période précontractuelle. L'obligation que ceux-ci font naître est une obligation de négocier de bonne foi. Etant donné que ces négociations ont pour but d'arriver à un accord définitif entre les parties éventuelles, les contrats préparatoires contribuent ainsi indirectement mais à un degré moindre, s'ils sont comparés avec les avant-contrats, à la formation de ce contrat définitif précité.

Dans cette catégorie, il est possible de mentionner les accords de principe <sup>53</sup>. Cette étude ayant pour objet le champ précontractuel en tant que facteur de la formation du contrat, les développements qui suivront accorderont une place essentielle aux avant-contrats.

La notion d'avant-contrat a été principalement dégagée par la jurisprudence et il est possible d'en distinguer deux types : le pacte de préférence et les promesses de contrat.

---

53 Cf infra, chap.2



## 1/ Le pacte de préférence

Pour définir le pacte de préférence, nous reprendrons les termes d'un auteur, « *par ce pacte l'un des cocontractant a choisi par avance un tel comme bénéficiaire de la prestation, s'engage à le prendre comme partenaire à l'exclusion de tout autre le jour où il se décidera à réaliser l'opération* »<sup>54</sup>.

D'une telle définition ressortent deux caractéristiques essentielles du pacte de préférence, l'une qui est commune à tous les avant-contrats : celle de la perspective du contrat définitif, et l'autre qui permet de la distinguer de ceux-ci: celle de la priorité. La priorité en matière de pacte de préférence implique qu'avant de contracter avec toute autre personne, celui qui s'est engagé à conclure le contrat avec le bénéficiaire du pacte, devra d'abord lui proposer le contrat en question.

Cette caractéristique s'avère être d'une utilité incontestable dans la pratique, dans la mesure où celle-ci permettra donc d'établir l'existence d'un pacte de préférence. En effet, ce dernier peut prendre les formes les plus variées, et concerner des contrats divers même si la vente est son apanage, d'autant plus que le recours à une telle convention présente un atout en plus pour le bénéficiaire notamment en matière commerciale où la concurrence est de plus en plus implacable.

Par ailleurs, le pacte de préférence prévoit le contrat dans son éventualité, en effet, la volonté du débiteur du pacte de conclure le contrat définitif est certes possible mais n'est cependant pas encore acquise. Le contrat définitif relève encore du domaine du potentiel sinon de l'incertain. Son contenu n'est d'ailleurs pas encore déterminé à ce stade, contrairement à la promesse.

Ainsi, par exemple, dans la promesse unilatérale de vente, le prix est déjà déterminé, tandis qu'en cas de présence d'un pacte de préférence, le prix de cession ne devient véritablement déterminable qu'au jour où le débiteur du pacte décidera de réaliser l'opération promise.

---

54 B.STARCK, H.ROLAND, L.BOYER, obligations- 2. Contrats, 5ème édition, ed. Litec.

## Le champ précontractuel

Il convient de remarquer que l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription a prévu ces caractères qui transparaissent dans la définition qu'il en donne, en ces termes : "*Le pacte de préférence pour un contrat futur est la convention par laquelle celui qui reste libre de le conclure, s'engage, pour le cas où il s'y déciderait, à offrir par priorité au bénéficiaire du pacte de traiter avec lui.*"<sup>55</sup>

## **2/ Les promesses de contrat**

Après avoir étudié le pacte de préférence, nous aborderons la catégorie des promesses de contrat, dont la vente est le domaine de prédilection, qui comprend la promesse unilatérale de contrat, d'une part, et la promesse synallagmatique de contrat, d'autre part.

### *a/ La promesse unilatérale de contrat*

Pour ce qui est de la définition, la promesse unilatérale de contrat est un contrat conclu entre un promettant et un bénéficiaire.

Seul le premier s'engage envers le second qui l'accepte néanmoins, d'où la dénomination, son obligation porte alors sur la conclusion du contrat aux conditions qu'il a déterminées dans la promesse en question. Celle –ci s'analyse par la jurisprudence et la doctrine en une obligation de faire. Dans ce sens, la troisième chambre civile de la cour de cassation française a, en rejetant le pourvoi fondé sur le moyen selon lequel « (...) *dans une promesse ( unilatérale, en l'espèce) de vente, l'obligation du promettant constitue une obligation de donner(...)* », réaffirmé en des termes tout à fait clairs que « *l'obligation de la promettante ne constituait qu'une obligation de faire* »<sup>56</sup>.

En ce qui concerne le bénéficiaire, il a un droit potestatif de lever ou non l'option, en effet ce choix ne tient qu'à sa seule volonté.

---

55 Art. 1142 de l'avant- projet de réforme du droit des obligations et de la prescription.

56 Consorts Cruz c. Mme Godard, Cass. 3ème civ. 15 décembre 1993, [www.lexinter.net](http://www.lexinter.net)

## Le champ précontractuel

En fait, la promesse est assortie d'un délai de réflexion fixé par les parties ou par le juge, le cas échéant, appelé « délai d'option » ; puisque dans ce cas, le bénéficiaire voit s'ouvrir devant lui une option : accepter de conclure ou ne pas le faire ; durant lequel le bénéficiaire aura donc la possibilité de « lever l'option », le contrat serait alors conclu. Ainsi, la promesse unilatérale est donc un contrat dans lequel « *le promettant s'engage vis-à-vis du bénéficiaire à conclure le contrat si le bénéficiaire le veut bien.* »<sup>57</sup>

La principale difficulté qui peut survenir à propos d'une promesse unilatérale est sa qualification dans les hypothèses où parfois les parties ne la distinguent pas véritablement d'une offre, dans la mesure où elles sont toutes les deux une manifestation de la volonté de conclure un contrat. La différence essentielle tient dans la présence d'un accord de volontés qui caractérise alors la promesse unilatérale. Par ailleurs, si l'offrant a encore la possibilité de révoquer la sollicitation, le promettant s'engage un peu plus à conclure le contrat, ce qui sera chose faite à la levée d'option éventuellement opérée par le bénéficiaire.

La cour de cassation française a eu l'occasion de se prononcer à ce sujet, notamment dans un arrêt du 10 Mai 1989 où elle dégage les traits permettant de les différencier et surtout en les plaçant sur une certaine « échelle de valeur » sur laquelle elle place la promesse au-dessus de l'offre.

En l'espèce, la troisième chambre civile de la cour de cassation française qui devait se prononcer au sujet de la « caducité d'une offre » l'a mentionné en ces termes « *la notification d'une vente sous condition suspensive au titulaire du droit de préemption (...) ne constituant pas une promesse de vente mais une simple offre (...)* »<sup>58</sup>.

Au demeurant, la promesse unilatérale est insérée dans l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription dans sa section qui traite de la formation du contrat. Celui-ci la définit comme suit : « *La promesse unilatérale de contrat est la convention par laquelle une partie promet à une autre, qui en accepte le principe, de lui donner l'exclusivité pour la conclusion d'un contrat dont les éléments*

---

<sup>57</sup> P.DELEBECQUE et F-J. PANSIER, droit des obligations- Responsabilité civile- Contrat 2<sup>ème</sup> édition corrigée, ed. Litec.

<sup>58</sup> Cass. 3e civ. 10 Mai 1989, SAFER de Rhône et Loire c. Mme Pannel, D.1990, Sommaires Commentés 37, obs E.N. MARTINE, J. 365 note G. VIRASSAMY

### Le champ précontractuel

*essentiels sont déterminés, mais pour la formation duquel fait seulement défaut le consentement du bénéficiaire. »<sup>59</sup>.*

Il semblerait donc que si le pacte de préférence renferme une idée de priorité, la promesse unilatérale dépeint celle d'une exclusivité. Cela rappelle, ce qui est d'ailleurs en principe reconnu, que le promettant s'engage déjà fermement à conclure le contrat au cas où le bénéficiaire y consentirait.

A titre de remarque finale concernant la promesse unilatérale de vente, il est fréquent que celle-ci soit assortie d'une clause de dédit. Une telle clause prévoit que durant le délai d'option, le promettant sauvegarde en quelque sorte, le droit du bénéficiaire en immobilisant la chose sur laquelle porterait la vente de telle sorte qu'il ne pourra pas en disposer. Celui-ci percevra une indemnité dite « indemnité d'immobilisation » si le bénéficiaire lève l'option, ce qui ne sera pas le cas dans l'hypothèse contraire.

#### *2/ la promesse synallagmatique*

La promesse synallagmatique de contrat est un contrat par lequel deux personnes prennent un engagement réciproque de conclure un contrat déterminé. La promesse synallagmatique est donc un avant-contrat obligatoire.

Dans le cas d'une promesse synallagmatique de vente, très utilisée dans la pratique qui la nomme d'ailleurs « compromis », la première des parties éventuelles au contrat s'engage à vendre et la seconde à acquérir.

C'est à ce niveau que se situe sa différence d'avec une simple promesse unilatérale dans laquelle seule l'une des parties s'engage à vendre, pour reprendre l'exemple précédent, ou à acquérir à des conditions déterminées, l'autre se met tout simplement d'accord avec elle, en d'autres termes accepte de prendre la promesse en considération pendant le délai d'option, sans aller encore jusqu'à s'engager d'acheter ou de vendre.

---

59 art.1106 alinea 1

### Le champ précontractuel

La cour de cassation française a, dans un arrêt<sup>60</sup>, noté que la promesse unilatérale est en fait une promesse synallagmatique lorsque le bénéficiaire s'engage à acquérir dès que le promettant aurait accompli ses obligations avant une date fixée. En effet, le bénéficiaire précité n'a plus une quelconque option, ce qui revient à dire que lui aussi s'est engagé. Et c'est ainsi la présence d'une option au profit du bénéficiaire qui différencie la promesse unilatérale de contrat de la promesse synallagmatique.

Si la différence entre promesse unilatérale et promesse synallagmatique est bien démarquée, la distinction entre la promesse synallagmatique et le contrat lui-même pose parfois problème, dans la pratique, dans le sens où les parties disqualifient parfois le contrat qu'elles sont en train de conclure et confondent ces derniers.

En ce qui concerne la vente, la promesse de vente vaut vente<sup>61</sup>, le contrat de vente étant réputé conclu une fois que les parties sont tombées d'accord sur la chose et le prix, tous deux éléments essentiels que les parties ont en vue lors de la conclusion d'un tel contrat, ce dernier est donc réputé conclu.

Appliqué au droit des contrats en général, d'après le principe du consensualisme qui prévaut, le contrat est conclu une fois que les parties se sont mises d'accord sur les éléments essentiels dudit contrat. De plus, une pollicitation est reconnue comme étant une offre si elle contient les éléments essentiels du contrat de manière à ce que le seul « oui » du futur cocontractant suffise à former le contrat. Une difficulté, d'ailleurs fréquemment rencontrée dans le champ précontractuel, repose sur le fait qu'il n'est certainement pas toujours aisé de distinguer dans une négociation les éléments essentiels de ceux qui ne le sont pas pour déterminer le moment de la formation d'un contrat. Ceci semble par conséquent relever de la casuistique.

Il arrive néanmoins que les parties peuvent reporter le moment de la formation du contrat en considérations d'éléments qu'elles jugent comme déterminant leur consentement, d'où l'intervention notamment d'une promesse synallagmatique.

---

60 Cass. 3e civ. 23 janv. 1991- D. 1992, 457, note NAJJAR

61 art.1589 Code civ.

### Le champ précontractuel

Ainsi, ces cas -dans lesquels les parties décident de conclure une promesse synallagmatique de contrat- se rencontrent lorsque des formalités accessoires doivent être remplies préalablement au contrat définitif, mais les cocontractants en présence sont déjà arrivés à un accord sur tous les points du contrat. Tel est le cas, par exemple quand l'une des parties attend l'obtention d'un prêt.

Il est également possible de citer un autre cas fréquent, c'est la situation des parties qui sont également tombées d'accord sur les éléments essentiels du contrat mais subordonnent sa conclusion à la rédaction d'un acte authentique.

Par ailleurs, il apparaît que la promesse synallagmatique est distincte du contrat définitif. Cette différence essentielle se situe au niveau des obligations des contractants. Dans le premier cas, l'obligation réciproque des parties est celle de conclure le contrat définitif. Leur obligation contractuelle contenue dans le contrat définitif sera toute autre et variera en fonction du contrat en question. Citons, par exemple le cas de la promesse synallagmatique de vente et le contrat de vente : dans la première, les parties s'engagent à signer le contrat de vente, tandis que dans le second, l'une s'engage à livrer la chose en question, l'autre à en payer le prix.

Le contrat définitif diffère donc de celui de la promesse synallagmatique, cette dernière se réduisant à l'essentiel en attendant l'accomplissement de certaines formalités souvent d'ordre pratique, le premier couvrant les éléments essentiels enrichis de tous les détails notamment des modalités d'exécution des engagements .

Enfin, une question peut être soulevée : la promesse synallagmatique de vente se déduirait-elle automatiquement de la présence ; entre des parties identiques ; de promesses unilatérales, l'une d'achat et l'autre de vente, croisées ?

La réponse semble négative. Il serait nécessaire d'une part que les promesses portent sur le même objet et que les conditions y étant contenues soient tout à fait identiques. C'est ce qu'il semble ressortir d'un arrêt de la cour de cassation française.<sup>62</sup>

---

62 Cass 3ème civ. 26 juin 2002, RTCiv 2003, 78, note J. MESTRE

## Le champ précontractuel

En l'espèce, une promesse unilatérale de cession portant sur des parts sociales a été consentie à certaines conditions par deux sociétés au bénéfice d'époux. Parallèlement ceux-ci ont souscrit une promesse unilatérale d'achat portant sur les mêmes parts à des conditions différentes.

Comme convenu, les époux ont levé l'option mais l'une des sociétés a refusé de céder les parts en question et invoque que la promesse est nulle puisqu'elle n'a pas été soumise à enregistrement comme l'impose la législation fiscale.

Les époux portent le litige devant les juges en arguant que les promesses concomitantes constituaient une promesse synallagmatique, la cour de cassation française répond par la négative au motif que celles-ci étaient soumises « *à des conditions différentes* ».

Bref, promesses unilatérales et synallagmatiques sont donc des « *contrats autonomes véritables (qui) ont le double caractère d'être à la fois obligatoires et provisoires*<sup>63</sup> ». Elles sont en effet obligatoires en soi mais provisoires par rapport au contrat définitif. Mais qu'en est-il des pourparlers ?

### **B / Négociations proprement dites : pourparlers**

Les pourparlers désignent les négociations qui sont du domaine précontractuel. Comme il a déjà été évoqué antérieurement, durant la période précédant la formation du contrat, il est fréquent que les parties s'engagent dans des discussions et s'accordent un temps de réflexion à la lumière de celles-ci dans le souci de s'engager en connaissance de cause.

Durant cette période exploratoire<sup>64</sup>, l'heure est à la négociation. En effet, les parties, afin d'arrêter leur accord sur le même objet et de s'en assurer, s'attellent à la tâche de déterminer en premier lieu le contenu du contrat mais dans le même temps, les modalités de ce dernier. En un mot, les pourparlers déterminent ce que veulent les

---

63 J.CARBONNIER, droit civil t 4, les obligations, 20<sup>ème</sup> édition mise à jour, ed. PUF

64 F. TERRE P. SIMLER et Y. LEQUETTE, droit civil- Les obligations, 7<sup>ème</sup> édition, ed. Dalloz

### Le champ précontractuel

éventuels contractants. Les pourparlers sont donc l'occasion de discussions portant sur chaque point du contrat et sur les points de vue des parties.

En outre, s'y succèdent des propositions et des contre-propositions, à l'image de la comparaison à un « *jeu de tennis* » judicieusement choisie par J.CARBONNIER<sup>65</sup>, jusqu'à ce que chacune des parties soit satisfaite de l'esquisse du contrat définitif, en vertu duquel elles projettent éventuellement de s'obliger. Les pourparlers représentent par conséquent l'ensemble des discussions, relatives à l'étude et à la discussion des clauses d'un contrat, qui vont conduire les parties vers la conclusion de ce dernier. Un auteur, note à ce propos que : « *La progression vers l'accord peut se faire à partir d'une proposition vague d'entrer en pourparlers, pour s'achever par une proposition ferme et précise de conclure un contrat déterminé à des conditions déterminées.* »<sup>66</sup>

Les négociations se situent dans le champ précontractuel, et se déroulent donc dans la phase, plus ou moins longue suivant le contrat concerné, comprise entre la rencontre des deux parties éventuelles et la formation du contrat, qui à ce stade n'est pas encore conclu. Pour reprendre les termes de CARBONNIER, « *c'est la phase préliminaire où les clauses du contrat sont étudiées et discutées* »<sup>67</sup>.

Du reste, les pourparlers sont à différencier de quelques notions avec lesquelles ils seront susceptibles d'être confondus.

En premier lieu, les propositions qui interviennent durant les pourparlers sont différentes de l'offre. Est concernée l'invitation à entrer en pourparlers.

L'offre n'est pas, il faut le rappeler une simple proposition, elle est plus que la proposition d'entrer en pourparlers puisqu'elle est suffisamment précise, et surtout ferme, elle suffit donc à engager le pollicitant.

De plus, seule l'offre peut faire l'objet d'une acceptation pure et simple d'où découlerait la formation du contrat. Les propositions intervenant durant les pourparlers

---

65 J.CARBONNIER, droit civil t 4, les obligations, 20<sup>ème</sup> édition mise à jour, ed. PUF

66 J.SCHMIDT-SZALEWSKI, la période précontractuelle en droit français, Revue internationale de droit comparé 1990, 536.

67 J.CARBONNIER, droit civil t 4, les obligations, 20<sup>ème</sup> édition mise à jour, ed. PUF



## Le champ précontractuel

quant à elles ne sont pas encore complètes mais font plutôt office de discussions relatives à une éventualité de conclure un contrat, dont les éléments essentiels seront encore à déterminer. En outre, les pourparlers précèdent l'offre, dont ils tendent justement, à déterminer les éléments essentiels.

En second lieu, les pourparlers et les promesses de contrat sont distincts.

La promesse unilatérale est une convention qui lie les parties en présence. A l'opposé, dans les pourparlers, la liberté est de principe, aucun lien contractuel ne lie les parties. En fait, la promesse de contrat représente quelque part une sorte de support aux négociations, mais surtout un pas de plus vers le contrat définitif. Donc la promesse de contrat, représente plus que les pourparlers en ce qu'elle représente une forme encadrée des négociations, les pourparlers en étant la forme informelle.

Ainsi la cour de cassation française a d'ailleurs, sur la base d'un procès-verbal de réunion dans lequel l'accord des parties était fixé sur nombre de points essentiels allant de l'objet d'une future société, à la rémunération du gérant, déclaré qu'un tel accord « *excédait le stade des simples pourparlers* » et constituait une promesse de société.<sup>68</sup>

Ainsi, si tel est le champ précontractuel vu par rapport au processus de formation du contrat, il s'avère nécessaire de traiter dans la deuxième section, la responsabilité et les négociations.

### ***Section 2: La responsabilité et les négociations***

La négociation qu'elle soit sous une forme encadrée ou informelle entraîne-t-elle des obligations? En effet, la période préparant la formation d'un contrat est souvent, par exemple, l'occasion d'investissements importants, il arrive donc que des dépenses conséquentes aient été engagées. L'une des parties éventuelles peut pourtant se retirer. Comment de telles situations seraient-elles réglées? Ceci représente toute la question de la responsabilité et des négociations.

---

68 Cass. Com.28 avril 1987, cité par J SCHMIDT-SZALEWSKI, la période précontractuelle en droit français, RIDC 1990, 545 et s.

## Le champ précontractuel

Il est alors nécessaire d'étudier dans un premier temps le cas de la rupture des pourparlers (sous-section 1) avant d'aborder « la responsabilité et les avant-contrats » (sous-section 2).

### **Sous section 1: Rupture des pourparlers et responsabilité**

Dans la pratique, les pourparlers se soldent soit par la conclusion du contrat, les négociations ayant porté leurs fruits, soit par le retrait, le cas échéant, de l'un des éventuels contractants de la table de la négociation, entraînant alors ce qui est dénommé la rupture des pourparlers.

Dès lors que la liberté de se retirer des négociations, donc de rompre les pourparlers est la règle, la seule rupture ne suffit pas à engager la responsabilité de la partie éventuelle qui est à l'origine de celle-ci, puisque la rupture en question « *fait partie du jeu* »<sup>69</sup>. D'ailleurs, comme le souligne un auteur à ce sujet, « *pas de mariage vaut mieux qu'un bon mariage.* »<sup>70</sup>

Compte tenu néanmoins de l'exigence de bonne foi qui est de plus en plus accrue, est apparue la notion de rupture constitutive d'une faute ; ce qui entraîne la nécessité d'étudier la question de la responsabilité en matière de rupture des pourparlers. Pour ce faire, il est nécessaire d'aborder ci-après sa mise en oeuvre (§2) après en avoir étudié le fondement (§1).

### **Paragraphe 1: Fondement**

#### **A/Thèses en présence**

La question du fondement de la responsabilité concerne la détermination du « camp » auquel elle se rattache, en matière de responsabilité : soit celui de la responsabilité contractuelle, soit celui de la responsabilité délictuelle.

---

69 P.DELEBECQUE et F-J. PANSIER, droit des obligations- Responsabilité civile- Contrat 2<sup>ème</sup> édition corrigée, ed. Litec.

70 J.CARBONNIER, droit civil t 4, les obligations, 20<sup>ème</sup> édition mise à jour, ed. PUF.

## Le champ précontractuel

Ainsi, cette question se traduit comme suit dans la pratique :durant la période préparant la conclusion du contrat, celui qui a été victime d'une rupture des pourparlers, dans la plupart des cas, a exposé des frais ou bien a laissé passer des occasions peut-être intéressantes. S'il souhaite obtenir réparation en réclamant des dommages et intérêts, quel serait le fondement de son action ? Serait-ce la responsabilité délictuelle ou contractuelle?

Le premier fondement serait la responsabilité contractuelle. Il serait peut-être tentant de l'affirmer dans la mesure où c'est à l'occasion de la conclusion d'un contrat que la responsabilité en question est engagée.

C'est ce qu'a en tout cas avancé von JEHRING dont la thèse se résumerait comme suit : il « *existerait un avant-contrat par lequel chacune des parties s'engage à répondre implicitement envers l'autre des fautes qu'elle commet au cours de la négociation.*<sup>71</sup> ». En d'autres termes il y aurait donc un avant-contrat tacite, anticipé sur le futur contrat et les parties devraient se garantir mutuellement des obligations de loyauté nées de cet avant-contrat tacite précité.

Cela impliquerait donc que celui qui demanderait réparation devra le faire sur le terrain de la responsabilité contractuelle en vertu d'un avant-contrat supposé.

Le second fondement serait celui de la responsabilité délictuelle. Cela signifie que celui qui demandera réparation devra donc se conformer aux règles classiques en matière de responsabilité civile délictuelle. Par conséquent, il aura à démontrer l'existence d'un dommage, d'une faute et d'un lien de causalité entre cette faute et ce préjudice.

### **B/ Responsabilité délictuelle**

La doctrine<sup>72</sup> opte pour la deuxième théorie, à savoir celle de la responsabilité délictuelle. En effet, pour reprendre les termes d'un auteur au sujet de l'avant-contrat

---

71 Selon F.TERRE, P. SIMLER et Y.LEQUETTE, droit civil- Les obligations, 7<sup>ème</sup> édition, ed. Dalloz.

72 En ce sens, F.TERRE P.SIMLER et Y.LEQUETTE, droit civil- Les obligations, 7<sup>ème</sup> édition, ed. Dalloz, ainsi que B.STARCK, H.ROLAND, L.BOYER, obligations- 2. Contrats, 5<sup>ème</sup> édition, ed. Litec.

### Le champ précontractuel

tacite avancé par JEHRING, « *pareille convention paraît, en effet, largement fictive* »<sup>73</sup> d'une part, la théorie qu'il propose se base donc sur trop de présomptions.

D'autre part, à supposer une quelconque responsabilité contractuelle concevable, la condition sine qua non serait l'existence d'un contrat, or ce n'est absolument pas le cas ; le propre des pourparlers étant qu'ils se déroulent librement sous forme de discussions. Ils sont par nature même des négociations informelles comme il a déjà été mentionné dans des développements antérieurs.

Par conséquent, la responsabilité concernant la rupture abusive des pourparlers est donc de nature délictuelle. Cette solution s'impose en toute logique puisque découlant de l'inexistence d'un contrat lui-même. Pour SCHMIDT-SZALEWSKI, il y a une responsabilité précontractuelle de nature délictuelle.<sup>74</sup>

La jurisprudence suit le même raisonnement à l'image d'un de ses attendus dans un arrêt « (...) *alors que la victime d'une faute commise au cours de la période qui a précédé la conclusion d'un contrat est en droit de poursuivre la réparation du préjudice qu'elle estime avoir subi devant le tribunal du lieu du dommage sur le fondement de la responsabilité délictuelle* (...) »<sup>75</sup>.

En l'espèce, la chambre commerciale casse l'arrêt rendu par la cour d'appel de Rouen, cette dernière ayant relevé qu'une faute commise au cours de discussions préalables à la conclusion d'un contrat de concession, ne pouvait être que contractuelle puisque ces tractations avaient pour but le contrat définitif, donc y étaient rattachables.

Le fondement de la rupture des pourparlers ayant été établi, il convient d'aborder la mise en œuvre de cette responsabilité.

---

73 J. SCHMIDT-SZALEWSKI, la période précontractuelle en droit français - Revue Internationale de droit Comparé 1990, 545 et s.

74 J. SCHMIDT-SZALEWSKI, la période précontractuelle en droit français - Revue Internationale de droit Comparé 1990, 545 et s.

75 Cass.com. 11 janvier 1984, Bull. Civ. IV, n° 16, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)

## **Paragraphe 2: Mise en œuvre**

Nous examinerons successivement les conditions de mise oeuvre éventuelle de la responsabilité pour rupture des pourparlers et ses effets.

### **A/ Conditions**

D'après ce qui vient d'être évoqué précédemment, les suites de l'échec de la négociation peuvent être réglées par application du droit commun de la responsabilité civile délictuelle.

La victime de la rupture des pourparlers à l'occasion de laquelle une faute est commise doit, par conséquent réunir la preuve de trois conditions : une faute, un dommage et un lien de causalité entre eux.

Par ailleurs, la preuve d'une faute revêt une importance particulière pour ce qui est de la rupture des pourparlers, durant lesquels le principe est que chacun peut toujours se retirer des négociations, le seul fait de les rompre est donc insuffisant pour engager la responsabilité de l'auteur de ladite rupture.

### **1/ Le dommage précontractuel**

D'une part, la victime d'une rupture abusive de pourparlers pour pouvoir espérer obtenir réparation devra rapporter la preuve d'un dommage qu'elle a éprouvé. Celui-ci devra présenter certains caractères.

En premier lieu, le préjudice invoqué doit être **certain**.

Dans la majorité des cas, la victime de la rupture demande réparation en raison des démarches et investissements qu'elle a déjà opérés dans la perspective de la conclusion du contrat définitif. Ainsi c'est parce que ceux-ci, bien que souvent conséquents, se sont avérés en définitive, inutiles, puisque son cocontractant éventuel a rompu les pourparlers, que la victime de cette rupture brutale demande des dommages-

### Le champ précontractuel

intérêts. Par conséquent les préjudices invoqués sont donc certains puisque les victimes précitées « présenteront, en quelque sorte la note », le dommage ayant déjà été subi.

Tel est le cas, par exemple pour une société qui a tellement investi dans des stocks en vue de la conclusion d'un contrat futur au point de courir à sa faillite suite à la rupture abusive des pourparlers par l'autre partie éventuelle au contrat envisagé.<sup>76</sup>

En outre, de telles pertes, comme le note J. SCHMIDT-SZALEWSKI, « constituent (...) un dommage d'ores et déjà existant, puisqu'elles ne seront pas couvertes par les bénéfices qu'aurait procurés l'exécution du contrat. »<sup>77</sup>

Dans d'autres cas, la victime aura à prouver l'existence d'un préjudice moins certain, dans la mesure où durant la période des pourparlers, qui peut s'étaler sur plusieurs années, elle s'est abstenue de conclure d'autres contrats. Un autre cas de figure est celui dans lequel elle aura à invoquer un préjudice en la non conclusion du contrat lui-même.

Il est vrai que ces dommages ne sont pas certains, toutefois, la rupture des pourparlers cause la perte d'une chance : celle de conclure le contrat considéré. Et la jurisprudence a donc dans un premier temps, et ce, pendant plusieurs années, admis que la perte d'une chance peut présenter un caractère certain en matière de responsabilité civile, moyennant certaines conditions.

A titre d'exemple, la cour de cassation française l'énonce dans un arrêt aux termes duquel « (...) l'élément de préjudice constitué par la perte d'une chance présente un caractère direct et certain chaque fois qu'est constatée la disparition (...) de la probabilité d'un événement favorable- encore que, par définition, la réalisation d'une chance ne soit jamais certaine »<sup>78</sup>.

En matière de rupture des pourparlers, la jurisprudence l'a également<sup>79</sup> admis. Par ailleurs, il est nécessaire que la chance en question soit réelle et sérieuse.

---

<sup>76</sup>Cass. Com. 15 octobre 2002, RTD Civ. 2003, 283.

<sup>77</sup> in La période précontractuelle en droit français - Revue Internationale de droit Comparé 1990, 545 et s.

<sup>78</sup> Cass. Crim. 6 juin 1990, RTD Civ. 1991, 121, obs. P. JOURDAIN

<sup>79</sup> Par exemple infra, Cass Com.12/06/2002

## Le champ précontractuel

Il est sûr qu'une telle indication permet de sélectionner les véritables pertes de chance des moins vraies, en effet il est tout aussi probable que toute victime d'une rupture brutale des pourparlers l'invoquera pour obtenir réparation.

Toutefois, il est moins certain que les contours des notions de « sérieuse » et « réelle » qui sont désignées comme « filtre » soient nettement déterminés. Il reviendra alors au juge qui aura à connaître d'un éventuel litige de le faire avec le risque qui s'ensuit : celui de l'arbitraire.

Pour ce qui est de ce qui nous intéresse, il fallait que la preuve qu'une probabilité raisonnable de la réalisation de la chance perdue soit rapportée par le demandeur. La perte d'une chance pouvait donc n'être que minime pour pouvoir obtenir réparation.

Tel est ce qu'il ressort d'un un arrêt de la cour de cassation datant du 18 juin 2002.<sup>80</sup>

En l'espèce, M. Pigaglio, président-directeur général de la société NMG, est entré en pourparlers avec M. Semon, dirigeant la société Alizée, au sujet d'une éventuelle acquisition de la branche d'activité "réseaux et télécommunication" de la société Alizée . M Semon a alors avancé une contre-proposition : celle de céder la société Alizée dans son entier.

Par ailleurs, le 22 mai 1998, une procédure de redressement judiciaire a été ouverte à l'encontre de la société Alizée. Quelques jours après, le dirigeant de la société NMG a confirmé à M. Semon l'arrêt définitif du projet de reprise de la société Alizée par lettre recommandée avec accusé de réception. La société Alizée, étant finalement mise en redressement judiciaire, l'autre société rompt cependant les négociations. La société Alizée l'assigne de ce chef en paiement de dommages-intérêts.

La cour d'appel dans un arrêt infirmatif reconnaît l'existence d'une rupture tardive et fautive des pourparlers de reprise ; et donne gain de cause à la société Alizée.

La cour de cassation française va dans le même sens et note que «*M. Pigaglio a (...) poursuivi des négociations de reprise jusqu'au 29 mai 1978, après le prononcé du*

---

80 Cass.com. 18 /06/ 2002, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)

## Le champ précontractuel

*redressement judiciaire, entretenant de manière illusoire l'espoir d'une cession, alors que les motifs invoqués dans la lettre de rupture lui été connus depuis la mi-avril et auraient dû être portés beaucoup plus tôt à la connaissance de la société **qui a perdu de ce fait une chance, fût-elle ténue, de trouver un autre repreneur (...)** »*

Dans tous les cas, la victime de la rupture ne pouvait pas obtenir la compensation du manque de gain équivalent à la prestation que lui aurait procuré son cocontractant par l'exécution de contrat projeté. En effet, ce dernier n'a pas été conclu. Cependant, elle pouvait tout de même obtenir réparation.

Désormais, et ce à partir et par le biais de l'arrêt Manoukian<sup>81</sup>, la cour de cassation française, suite à un litige né d'une rupture de pourparlers, adopte une position tranchée qui refuse l'idée même de la réparation de la perte d'une chance, de l'indemnisation de « gains manqués »<sup>82</sup>. Elle y relève que la cour d'appel a « *décidé à bon droit qu'en l'absence d'accord ferme et définitif, le préjudice subi par la société Alain Manoukian n'incluait que les frais occasionnés par la négociation et les études préalables auxquelles elle avait fait procéder et non les gains qu'elle pouvait, en cas de conclusion du contrat, espérer tirer de l'exploitation du fonds de commerce ni même la perte d'une chance d'obtenir ces gains* » et y précise clairement que « *les circonstances constitutives d'une faute commise dans l'exercice du droit de rupture unilatérale des pourparlers précontractuels ne sont pas la cause du préjudice consistant dans la perte d'une chance de réaliser les gains que permettait d'espérer la conclusion du contrat* »

En second lieu, le dommage ne doit pas seulement être certain, il **ne doit pas non plus avoir été réparé**.

En effet bien qu'en matière de rupture des pourparlers la responsabilité ait une finalité spécialement moralisatrice en ce sens qu'elle intervient pour sanctionner la déloyauté du contractant éventuel à l'origine de ladite rupture, il ne faut cependant pas

---

<sup>81</sup> Com., 26 novembre 2003, Alain Manoukian (Sté) c/ Wajsfisz

<sup>82</sup> En référence à J. MESTRE et B. FAGES, un grand arrêt relatif aux pourparlers, R.T.D.Civ 2004, Chroniques p. 80 : « Par deux attendus dénués d'équivoque, elle exclut toute possibilité d'indemnisation des gains manqués du fait de la non conclusion du contrat »,



## Le champ précontractuel

oublier que la responsabilité civile délictuelle a elle tout d'abord une finalité de réparation.

Il en découle que pour que la responsabilité délictuelle de celui qui a rompu les pourparlers soit engagée, il faut que l'objet de cette réparation existe, ce qui ne serait pas le cas dans le cas où ce dommage aurait déjà été réparé.

## **2/ La faute précontractuelle**

Rompre les pourparlers n'est donc pas en soi constitutif d'une faute, effectivement, « *personne n'a droit à la conclusion d'un contrat*<sup>83</sup> », mais à condition que cette rupture ait été effectuée loyalement, c'est à dire avec la prévenance qui convient à la situation. Elle n'est répréhensible que si le cocontractant éventuel abuse de son droit de rompre les pourparlers, ou qu'il dénote une mauvaise foi évidente. Dans ce cas, elle est qualifiée d'abusives.

Le demandeur en réparation d'un dommage issu de la rupture des pourparlers devra apporter la preuve de la faute par le biais d'un ou des comportements de mauvaise foi de celui qui a rompu ces pourparlers.

En effet, la faute en matière délictuelle n'est pas définie par le code civil pas plus que celle précontractuelle. La définition en question peut aller d'une idée d'abus de droit à « *l'erreur de conduite qu'un homme normalement avisé ne commet pas lorsqu'il se trouve dans les mêmes circonstances de fait* ». Bien qu'il faille reconnaître que ces deux définitions se complètent, la doctrine n'a pas de définition arrêtée la concernant.

Toutefois, la jurisprudence semble classer divers comportements fautifs à l'enseigne de la faute précontractuelle. D'une manière générale, celle-ci, lorsqu'il s'agit d'apprécier la présence d'une faute recherche le caractère fautif d'un comportement.

Pour ce faire, elle adopte une appréciation in abstracto en se référant à une personne normalement prudente et diligente placée dans la même situation. En ce qui

---

83 P.DELEBECQUE et F-J. PANSIER, droit des obligations- Responsabilité civile- Contrat 2<sup>ème</sup> édition corrigée, ed. Litec.

### Le champ précontractuel

nous intéresse, un individu normalement avisé placé dans la situation de faire des négociations précontractuelles est censé se comporter de bonne foi, plus précisément d'une façon loyale. Par conséquent, « *la mauvaise foi et la déloyauté sont donc l'archétype de la faute précontractuelle* »<sup>84</sup>.

Se déterminer pour le caractère fautif du comportement n'est pas chose facile: pour décider d'une éventuelle condamnation à payer des dommages intérêts pour sanctionner la faute précontractuelle, le juge devra aussi distinguer l'aspect qui fera basculer le comportement de l'exercice de la liberté de se retirer des pourparlers vers celui constitutif de faute. En d'autres termes, celui-ci devra départager ce qui est du domaine de la liberté contractuelle de ce qui est de celui de l'abus.

De plus, les notions de mauvaise foi et de déloyauté sont fuyantes. Il importe de remarquer que l'arbitraire du juge serait encore à craindre dans ce cas.

Le fait que la responsabilité pourrait tenir en échec la liberté qui est de mise pendant les pourparlers expliquerait pourquoi la jurisprudence ne semble reconnaître l'existence d'une faute dans la rupture de ces pourparlers qu'avec beaucoup de prudence.

Dans le même esprit, elle ne se contente généralement pas d'affirmations vagues et théoriques, mais appréhende plutôt la notion de faute précontractuelle d'une manière plus pragmatique en la recherchant dans les comportements fautifs, au cas par cas.

Quels sont donc ces comportements fautifs ?

Le point commun entre tous les comportements fautifs semble être une mauvaise foi. C'est donc la mauvaise foi qui ne doit pas nécessairement s'accompagner de l'intention de nuire ou présenter un critère de gravité qui est le critère de la faute précontractuelle.

Tout d'abord la jurisprudence semble retenir le comportement fautif lorsque son auteur a agi avec une « légèreté blâmable ».

---

<sup>84</sup> J. SCHMIDT-SZALEWSKI, la période précontractuelle en droit français - Revue Internationale de droit Comparé 1990, 545 et s.

Cela pourrait par exemple, se déduire du fait de poursuivre les pourparlers alors qu'en fait, le concerné n'avait pas l'intention de conclure le contrat. Tel est le cas dans un arrêt du 22 février 1994.<sup>85</sup>

En l'espèce, la société BMCE, propriétaire d'un local donné à bail à un premier couple était en cours de pourparlers avec des époux A, acquéreurs du fonds de commerce dudit couple, au sujet d'un contrat éventuel constatant l'agrément du bailleur les admettant comme cessionnaires du bail, puisque ceux-ci souhaitaient à leur tour également céder le fonds de commerce en question à un tiers. En effet lors de la première cession, les cédants avaient omis de respecter des formalités prévues dans le bail. La société a par conséquent refusé de recevoir paiement des loyers des mains des époux A ; ces derniers ont été mis en redressement judiciaire, puis en liquidation judiciaire, le liquidateur, a assigné ladite société en paiement de dommages-intérêts au motif que cette dernière avait commis une faute génératrice d'un préjudice pour les époux A en faisant obstacle à la revente du fonds.

En l'espèce, la cour de cassation répond que la cour d'appel avait fait des constatations « *révélant la légèreté blâmable de la société BMCE,* » et qu'elle a « *pu décider que cette société avait abusé de son droit de rompre les négociations qu'elle avait engagées* ».

De plus elle relève que les parties éventuelles s'étaient accordées pour signer un compromis qui a fortiori reprenait " mot pour mot " une suggestion exprimée par la société BMCE et que cette dernière s'est même inquiétée de la date du compromis mais a pourtant encore formulé de nouvelles prétentions une fois que le compromis n'attendait plus que leurs signatures.

Ainsi, il est vraisemblable que la société en question n'avait pas du tout l'intention de conclure le contrat et a pourtant prolongé les pourparlers par ses longues tergiversations.

---

85 Com. 22 /02/1994, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)

### Le champ précontractuel

Cet espèce montre aussi un aspect de la position jurisprudentielle qui dénote le fait que plus le stade des pourparlers est avancé, plus, le juge semble enclin à admettre un comportement fautif, ce qui rejoint un autre critère, celui de la « confiance légitime trompée de l'éventuel co-contractant ». <sup>86</sup> Cela signifie que le tempérament de bonne foi, s'il n'impose point de ne pas rompre les pourparlers, commande de ne pas y mettre fin alors que l'on a suscité chez le partenaire une confiance légitime dans la conclusion du contrat.

Plus les pourparlers sont à un stade avancé plus la jurisprudence semble qualifier la confiance de légitime, les négociations avançant signifiant corrélativement la probabilité de la conclusion du contrat augmentant.

De même, lorsque la négociation met en présence, un non professionnel et un professionnel pour la conclusion d'un contrat relevant de la compétence de ce dernier, sa responsabilité risque d'être plus facilement engagée. La rupture du chef du professionnel pourra en effet être plus souvent qualifiée de fautive, car la confiance créée en la personne du partenaire non professionnel est dans ce cas, considérée sans doute plus grande qu'à l'ordinaire.

D'ailleurs, la jurisprudence se montre plus sévère à l'égard du comportement du professionnel auteur de la rupture, conformément à la tendance qui se développe notamment en matière de protection du consommateur.

Aussi, la confiance sera-t-elle considérée comme légitime ou non, selon le caractère plus ou moins "avancé" des négociations et la qualité de la victime de la rupture. On peut s'attendre, par exemple, à ce qu'un professionnel ne fasse pas preuve de légèreté dans la conduite des pourparlers et n'accorde pas sa confiance de manière hâtive.

---

<sup>86</sup> En ce sens, J. SCHMIDT-SZALEWSKI, la période précontractuelle en droit français - Revue Internationale de droit Comparé 1990, 545 et s.

### Le champ précontractuel

Ces notions de mauvaise foi et de confiance trompée semblent être les justificatifs que le juge utilise pour déterminer le caractère fautif du comportement en cause.

D'ailleurs, le comportement fautif est retenu quand l'un des partenaires a laissé l'autre engager des frais importants sans le mettre en garde de la fragilité de la situation, en lui laissant espérer la conclusion du contrat, ou encore en omettant de lui signaler qu'il a conclu ailleurs.

En outre, une des parties éventuelles se comporte de mauvaise foi, si elle soumet des informations erronées ou refuse ou s'abstient de porter à la connaissance de son éventuel cocontractant des informations importantes dont l'existence établirait que la poursuite des pourparlers n'aurait pas lieu d'être.

Par ailleurs, la jurisprudence semble aussi reconnaître un comportement fautif dans l'agissement d'une des parties qui rompt en soulevant une objection qui aurait dû être soulevée plus tôt. Cela s'applique surtout lorsque les pourparlers sont bien avancés.

Il est possible de citer par exemple, une espèce dont la première chambre civile de la cour de cassation française a eu à connaître<sup>87</sup>, et à l'occasion de laquelle elle a relevé le comportement fautif issu des deux catégories de comportement qui viennent d'être évoqués.

En l'espèce, les éventuelles parties étaient en négociations pour la conclusion d'une cession de l'intégralité du capital d'une société. Le cessionnaire éventuel a d'une part entamé les pourparlers sans porter à la connaissance de son éventuel cocontractant qu'il n'avait pas entre ses mains le prix des actions, et d'autre part a continué à faire croire à ce dernier qu'il conclurait le contrat, par une longue série d'agissements, alors même qu'il n'avait pas obtenu un prêt bancaire. De plus, il n'a rompu les pourparlers qu'à un stade très proche de la conclusion du contrat, la veille de la conclusion d'une promesse en vue de la dite cession.

---

87 Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 06/01/98.

### Le champ précontractuel

Ses cocontractants éventuels l'ont assigné en réparation de leur préjudice issu d'un comportement fautif pendant le déroulement des négociations. La cour d'appel l'a condamné au paiement de dommages-intérêts. Il se pourvoit en cassation.

La juridiction suprême rejette ce pourvoi et énonce que « *les pourparlers étaient très avancés compte tenu du court délai entre la date de la réunion et celle arrêtée pour la signature de la promesse chez un notaire, compte tenu également de l'engagement obtenu par M. B... des vendeurs de ne pas louer le troisième étage de l'immeuble qui constituait le seul actif de la société Peninsular ; qu'elle a aussi retenu que M. B... était dans la nécessité de recourir à un prêt bancaire pour payer la totalité du prix, sans toutefois en avoir fait état auprès de ses cocontractants, leur laissant croire qu'il serait en mesure de payer le solde du prix à terme avec ses fonds propres ; qu'elle a encore relevé que ce n'était que la veille de la date fixée pour la signature de la promesse que l'intéressé avait fait connaître qu'il n'avait pas obtenu la garantie bancaire ; que de ces constatations et énonciations, elle a pu déduire qu'il y avait eu réticence dolosive et fausses indications caractérisant un comportement fautif (...)* ».

En outre, l'abus du droit de rompre les pourparlers est aussi relevé par la jurisprudence quand un cocontractant éventuel rompt brutalement les pourparlers qui sont déjà arrivés à un stade avancé sans aucune explication.

C'est l'exemple rapporté par un arrêt de la cour de cassation française au sujet d'un litige opposant la société Eurolocatique, spécialisée dans l'ingénierie en matière de crédit-bail et de location et la Banque franco-allemande qui sont entrées en relations en vue d'un contrat de collaboration. La Banque rompt les pourparlers après près d'un an de négociations, l'autre partie éventuelle l'a alors assignée en paiement de dommages-intérêts pour le préjudice qu'elle estime avoir subi.

Il a été précisé par la cour de cassation que puisque « *les pourparlers entre les deux sociétés s'étaient déroulés pendant une longue période, et que des contacts prolongés avaient été volontairement maintenus pour parvenir au projet final (...), et que la Banque franco-allemande avait, sans explication, refusé ces trois propositions et, sans motif légitime, rompu brutalement les pourparlers, la cour d'appel justifie ainsi également sa décision en déduisant de ces constatations que la banque franco-allemande*

## Le champ précontractuel

*a eu un comportement fautif; »<sup>88</sup>*

Il y a donc faute dans le fait d'avoir entretenu son partenaire dans la certitude d'un accord. Et il y a d'autant plus faute quant ce comportement est suivi d'une rupture intempestive parce que sans motif.

Bref, la prise en compte de la confiance trompée constitue un critère de la faute dans les négociations, mais présente des dangers en ce qu'elle risque de conduire à une admission trop large de la responsabilité précontractuelle au détriment du principe de la liberté à moins qu'il ne s'agisse de protéger les négociateurs naïfs ou négligents plutôt que d'assurer la loyauté des relations précontractuelle.

### **3/ Le lien de causalité entre la faute et le dommage précontractuels.**

En matière de responsabilité pour rupture de pourparlers, il ressort des décisions jurisprudentielles que le lien de causalité semble être présumé.

Bien que le problème de la causalité soit rarement discuté dans les litiges relatifs à la responsabilité précontractuelle, il peut être intéressant d'y prêter attention. Il n'est pas toujours certain, en effet, que la faute reprochée ait eu pour conséquence directe et inévitable le préjudice allégué.

Ainsi par exemple, lors de la renégociation d'un contrat à des conditions différentes du précédant, la rupture de la négociation n'entraîne pas nécessairement un préjudice, il n'empêche pas, en effet, la conclusion d'un nouveau contrat entre les parties.

### **B/ Effets**

Lorsque la responsabilité de l'auteur de la rupture est engagée, il est tenu de réparer le dommage éprouvé par son partenaire. En cas de rupture de pourparlers, la

---

<sup>88</sup> Cass. Com. 7 janvier 1997, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)

### Le champ précontractuel

seule réparation concevable réside dans la condamnation au paiement de dommages-intérêts ; la responsabilité en cette matière est de nature délictuelle et non contractuelle.

En aucun cas, l'auteur de cette rupture ne saurait ainsi être forcé à conclure le contrat définitif. L'envisager entamerait sérieusement le principe de la liberté contractuelle dans une de ses manifestations, dès lors que cela représente une atteinte au libre choix de contracter ou pas.

En effet, bien que la réparation en nature soit de principe en matière de responsabilité civile, la cour de cassation française n'a jamais consacré cette solution s'agissant de la responsabilité pour rupture de pourparlers. Puisque nul ne peut être contraint à conclure un contrat contre sa volonté, le juge n'a pas, le pouvoir de se substituer à la volonté des parties.

De plus, l'adoption d'une telle sanction est aussi susceptible de modifier des solutions mises en place par la jurisprudence et qui représentent ainsi des acquis notamment en ce qui concerne l'offre<sup>89</sup>.

Ainsi il est communément admis que la réparation consiste en des dommages-intérêts. En revanche ce qui pourrait soulever des interrogations serait la détermination de leur montant. Celle-ci est laissée à la libre appréciation du juge.

Dans le cas des dommages certains, la difficulté ne survient pas véritablement, le juge se basant alors sur les frais et dépenses engagés par le « négociateur » lésé. Celui-ci tiendra compte de l'avancement des négociations, le montant des dommages-intérêts sera d'autant plus élevé que les négociations sont parvenues à un stade avancé.

Par ailleurs, le comportement de la victime pourrait également entrer en ligne de compte.

---

89 Ce serait ainsi admettre dans la foulée que le retrait de l'offre avant l'acceptation ne soit à plus forte raison plus d'aucune efficacité comme l'a fait remarquer J. SCHMIDT-SZALEWSKI, la période précontractuelle en droit français - Revue Internationale de droit Comparé 1990, 545 et s.



### Le champ précontractuel

L'on peut citer un arrêt de la chambre commerciale de la cour de cassation française dans lequel le juge a pris en considération l'imprudence de la victime de la rupture de pourparlers.<sup>90</sup>

En l'espèce la société Total est entrée en pourparlers avec la société Saitec en vue de la conclusion d'un éventuel contrat relatif à la fourniture de produits qui interviendraient en urgence quant aux sinistres de pollution des eaux par des hydrocarbures.

La société a par conséquent radicalement changé de politique commerciale et engagé des frais importants en vue de la constitution de stocks des produits concernés.

La société Total rompt les pourparlers, l'autre société l'assigne alors en paiement de dommages intérêts.

La cour de cassation valide la décision de la cour d'appel et reconnaît le caractère fautif du comportement de la société Total lors de la rupture des pourparlers mais énonce que l'imprudence d'un négociateur peut réduire son droit à réparation. Par conséquent, la société Total n'a eu qu'à payer la moitié de l'estimation du préjudice subi, étant donné que la société Saitec s'est uniquement basée sur les exhortations de ce dernier pour décider de changements radicaux : cela reflète son imprudence.

Enfin, le juge semble aussi considérer la destination des frais engagés. Ainsi, par exemple, la réalisation d'études détaillées en vue de l'élaboration de projets de contrat et « *dont le caractère sérieux n'est pas contesté* »<sup>91</sup> justifie la décision des juges du fond quant à l'octroi de dommages intérêts.

Il en va différemment en ce qui concerne le dommage qui n'est pas certain. D'un côté, celui qui s'estime lésé invoque la perte d'une chance, et de l'autre, le contrat définitif n'est même pas arrivé au stade de sa formation, donc n'existe pas. Sur quoi se basera alors l'estimation puis la détermination du montant des dommages et intérêts correspondants ?

---

90 Cass. Com. 15/10/2002, RTD Civ. 2003, 283.

91 Cass. Com. 7/01/97, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)

## Le champ précontractuel

Cette question relève de l'appréciation souveraine du juge pour les cas où il serait amené à trancher à ce sujet et elle présente un intérêt certain au regard du champ précontractuel puisque la perte de chance en tant que manifestation du dommage y est monnaie courante, le contrat n'ayant pas été conclu.

Quoiqu'il en soit, ce qui est sûr à propos de la compensation du dommage incertain, qui est la finalité des dommages intérêts, c'est que, vu la jurisprudence, son montant ne sera en aucun cas l'équivalent des prestations auxquelles l'intéressé aurait eu droit si le contrat avait été formé puis exécuté. Elle ne peut être en effet calculée sur la base des engagements prévus dans le contrat projeté, car celui-ci n'a pas justement, été conclu.

Bref, la jurisprudence a aménagé une responsabilité précontractuelle de nature délictuelle en ce qui concerne le régime des pourparlers. En est-il de même en matière d'avant-contrats ?

### **Sous section 2 : Avant-contrat et responsabilité**

#### **Paragraphe 1: Fondement**

L'inexécution d'un avant-contrat peut donner lieu à une action en responsabilité. Afin d'en cerner le fondement, il convient d'examiner la nature des avant-contrats avant d'en tirer les conséquences.

#### **A/ Nature des avant-contrats**

Les avant-contrat présentent deux aspects : d'une part, ils s'inscrivent en vue de la conclusion d'un contrat définitif. Lorsqu'ils sont considérés au regard du processus général précédant la formation du contrat, les avant-contrats ne sont pas le contrat définitif mais tendent plutôt vers la conclusion de celui-ci, ce qui explique d'ailleurs la dénomination d'avant-contrat. Cela reviendrait-il à dire que ceux-ci ne possèdent pas une existence juridique propre ?

## Le champ précontractuel

La réponse est négative. En effet, si ceux-ci sont appréhendés isolément, les avant-contrats sont de véritables contrats en eux-mêmes, les promesses synallagmatiques sont d'ailleurs nommés « contrats obligatoires »<sup>92</sup>. Ce faisant, ils ont leur objet à part entière, et de ce fait, diffèrent du contrat final. Afin de l'illustrer, il convient d'en prendre deux principaux exemples, ceux qui sont d'ailleurs les plus rencontrés dans la pratique.

En ce qui concerne, par exemple, la promesse unilatérale de vente, son objet est la conclusion du contrat, ce qui diffère nettement de celui de ce contrat définitif qui est la remise de la chose en contrepartie du prix.

A cette occasion, le promettant et le bénéficiaire sont des parties à un véritable contrat dans lequel le premier s'engage envers le bénéficiaire à lui vendre la chose aux conditions déterminées qu'il a indiquées, sur la base d'un accord de volontés entre eux deux.

Il en va pareillement en ce qui concerne la promesse synallagmatique, le compromis sera pris comme exemple. Les parties concluent un contrat : elles s'engagent réciproquement à conclure le contrat de vente définitif le moment venu.

Par conséquent, la promesse est donc un contrat à part entière qui porte sur la conclusion du contrat de vente définitif.

La nature de « véritable contrat » que revêtent les avant-contrats explique d'ailleurs qu'au moment de leur conclusion, ceux-ci sont soumis à toutes les règles de validité des actes juridiques et risquent, le cas échéant, d'être frappés de nullité.

Les avant-contrats sont donc des contrats en soi différents du contrat final.

### **B/ Conséquence**

Comme il l'a déjà été évoqué, l'intérêt de la détermination de la nature des avant-contrats réside essentiellement dans la détermination du fondement de la

---

<sup>92</sup> Cas de P. Delebecque et F-J. Pansier notamment, droit des obligations- Responsabilité civile- Contrat 2<sup>ème</sup> édition corrigée, ed. Litec.

### Le champ précontractuel

responsabilité en la matière. En effet, de cette mise en évidence dépendront les différentes modalités de mise en œuvre d'une telle responsabilité.

En principe, en matière de responsabilité, il convient de rechercher à l'occasion de la survenance d'un préjudice l'existence d'un quelconque rapport contractuel antérieur entre l'auteur du dommage et la victime de ce dommage, auquel cas la responsabilité contractuelle aura vocation à s'appliquer.

Or il a été précédemment établi que les avant-contrats étaient des contrats à part entière. La conséquence immédiate est donc que la réparation des préjudices invoqués à l'occasion de l'inexécution de telles conventions se règlera sur le terrain de la responsabilité contractuelle avec toutes les modalités de mise en œuvre qu'elle implique.

### **Paragraphe 2: Mise en œuvre**

Nous examinerons d'une part, les conditions de la mise en œuvre (A) et , ses effets (B) d'autre part.

#### **A/ Conditions**

Il apparaît qu'en matière d'avant-contrats, la responsabilité ne serait admissible que s'il existe une inexécution de l'obligation prévue dans le contrat en question.

Tout d'abord, l'inexécution en ce qui concerne la promesse unilatérale consiste au non respect du maintien de la promesse pendant le délai d'option.

En pratique, celle-ci se traduit par la conclusion du contrat pendant le délai d'option par le promettant, non pas avec le bénéficiaire mais avec un tiers. En effet, le promettant a l'obligation de maintenir sa promesse afin justement que le bénéficiaire puisse lever l'option pendant le délai fixé.

## Le champ précontractuel

Par conséquent, dans une promesse unilatérale de vente, le fait de vendre le bien concerné à un tiers constitue un manquement à l'obligation du promettant de nature à engager sa responsabilité.

Une autre possibilité de non inexécution de son obligation par le promettant qu'il convient de signaler serait la rétractation de la promesse alors que le délai d'option n'est pas encore arrivé à son terme. En effet, le propre de la promesse de contrat, ce qui la distingue d'ailleurs de l'offre, est son caractère irrévocable pendant le délai fixé.

Tel est le cas notamment lorsqu'un document adressé au salarié par télécopie, signé par les deux parties, qui précise la nature de la prestation de travail, la date d'embauche, la durée de l'engagement, la rémunération versée et les obligations pesant sur l'intéressé, qualifié de promesse d'embauche, a fait l'objet de rétractation par l'employeur et dont il a été décidé par les juges du fond<sup>93</sup> que la rétractation constituait une violation de son engagement.

Ensuite, pour ce qui est des promesses synallagmatiques, l'inexécution résiderait dans la non conclusion du contrat déterminé. Un exemple particulier de non inexécution dans ce cadre, qui est pourtant courant, est le refus de réitération d'une promesse de vente par acte authentique par l'une des parties entraînant alors un « temps d'inertie forcée ». Tel est le cas d'une partie à un compromis qui est ensuite soumis à une procédure collective et n'a plus voulu réitérer la vente.<sup>94</sup>

Il est enfin à remarquer qu'en matière de pacte de préférence, le reproche à l'auteur de celui-ci porte sur la conclusion du contrat avec un tiers sans l'avoir d'abord proposé au bénéficiaire.

### **B/ Effets**

La sanction d'une inexécution d'obligations contenues dans un avant-contrat est la condamnation à des dommages intérêts sauf dans de rares cas.

---

93 C.A. Dijon ( Ch. Soc.), 27/11/1997, [www.courdecassation.fr](http://www.courdecassation.fr)  
94 J. MESTRE, note sous Cass.3ème civ. 23 juin 1993, RTDCiv.

### Le champ précontractuel

En ce qui concerne la promesse unilatérale, le bénéficiaire, n'est titulaire que d'un droit de créance. Pour reprendre le cas d'école de la promesse synallagmatique de vente, il est ainsi assuré que son cocontractant éventuel conclura le contrat de vente tel que ce dernier s'est engagé à le faire.

Dans le cas où le promettant a failli à son obligation en passant outre la promesse par le biais de la conclusion du contrat définitif avec un tiers de bonne foi, il engage sa responsabilité contractuelle et devra en conséquence payer des dommages-intérêts. En effet, dès lors que le tiers en question n'avait pas connaissance de la promesse, celle-ci ne lui est pas opposable. Il en découle que si le tiers est en revanche de mauvaise foi, la jurisprudence semble opter en plus pour la déclaration du contrat définitif comme étant inopposable au bénéficiaire, plutôt que pour la substitution du bénéficiaire dans les droits du tiers.

L'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription adopte la même solution : « *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*<sup>95</sup>. »

Le promettant est définitivement engagé du fait de la conclusion de la promesse. S'il rétracte sa promesse avant le délai d'option, la situation est plus compliquée surtout dans le cas d'une rétractation antérieure à la levée d'option, toutes deux étant alors intervenues avant l'expiration du délai d'option. Le bénéficiaire peut-il exiger la conclusion du contrat définitif ?

En principe, la levée de l'option intervenant dans les délais suffit à conclure le contrat, de plus la promesse unilatérale est par nature irrévocable, et la jurisprudence s'est dans un premier temps inscrite dans cette voie. Elle semblait effectivement plus facilement reconnaître que le bénéficiaire avait la possibilité d'exiger la conclusion du contrat définitif, contrairement à ce qui est dorénavant admis.

En effet, la troisième chambre civile de la cour de cassation française a adopté une prise de position contraire, dans un arrêt communément appelé arrêt Godard.

---

95 art. 1106 al 3

### Le champ précontractuel

En l'espèce, Mme Godard, avait consenti, le 22 mai 1987, aux consorts Cruz une promesse de vente d'un immeuble, valable jusqu'au 1er septembre 1987. Elle a ensuite notifié aux bénéficiaires, le 26 mai 1987, sa décision de ne plus vendre ; les consorts Cruz, ont levé l'option le 10 juin 1987 et ont assigné la promettante en réalisation forcée de la vente.

Le litige finit par arriver devant la cour de cassation laquelle a alors précisé « *que tant que les bénéficiaires n'avaient pas déclaré acquérir, l'obligation de la promettante ne constituait qu'une obligation de faire et que la levée d'option, postérieure à la rétractation de la promettante, excluait toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquérir,* »<sup>96</sup>.

Cela revient à dire que le bénéficiaire ne peut pas obtenir la conclusion du contrat alors qu'il a levé l'option à temps, donc a rempli sa part du marché, et aura droit à des dommages intérêts, l'obligation étant qualifiée d'obligation de faire.

Un auteur y voit d'ailleurs une « *référence implicite à la liberté contractuelle* » en ce sens qu'en « *retirant son offre de contrat définitif, le promettant a manifesté de ne plus le conclure avec le bénéficiaire* »<sup>97</sup>.

Ainsi, auparavant il aurait été considéré que s'il a conclu la promesse c'est parce qu'il en avait voulu ainsi et que rien ne l'avait empêché de déposer une offre.

En effet, ce qui était communément admis avant l'arrêt en question c'est que le promettant avait déjà fait son choix et ce qui semblait alors faire l'intérêt de la promesse unilatérale c'est justement que la conclusion du contrat par le promettant était déjà acquise seul le bénéficiaire est attendu. La promesse unilatérale est censée donner plus de sécurité au bénéficiaire surtout par rapport à une offre.

Cet arrêt a posé un nouveau principe depuis lors admis, puisque d'une part, l'obligation à laquelle le promettant est tenue est une obligation de faire : conclure le

---

96 Cass. 3ème civ. 15/12/1993, [www.lexinter.net](http://www.lexinter.net)

97 J. SCHMIDT-SZALEWSKI, la force obligatoire à l'épreuve des avant-contrats, RTD Civ 2000, 25 et s.

### Le champ précontractuel

contrat, complètement différente de celle qui aurait été prévue dans le contrat définitif et que, d'autre part, contraindre celui-ci à conclure le contrat en question serait contraire à la liberté contractuelle, une quelconque exécution forcée est inconcevable.

Toutefois, l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription semble effectuer un retour en arrière et s'aligner sur la solution antérieurement avancée. En effet celui-ci stipule que « *La rétractation du promettant pendant le temps laissé au bénéficiaire pour exprimer son consentement ne peut empêcher la formation du contrat promis*<sup>98</sup>. », ce faisant il souhaitait peut-être assurer à la promesse unilatérale plus d'efficacité, mais admet cependant une exécution forcée. La morale à en tirer est que tout éventuel promettant aura intérêt à y réfléchir à deux fois avant de conclure une promesse unilatérale.

Pour l'heure, l'inexécution d'une promesse synallagmatique de contrat donne lieu à paiement de dommages intérêts. En effet dans le cas où l'une des parties refuse d'exécuter ses obligations, il ressort de la jurisprudence que le juge ne la condamne pas à une exécution forcée.

Il convient de préciser que dans un tel cas, l'inexécution de l'avant-contrat n'est pas celle du contrat définitif, les obligations qui y sont respectivement contenues étant différentes. De plus cet état de fait procède aussi du souci de respect de la liberté contractuelle. Admettre une exécution forcée revient en somme à contraindre le débiteur défaillant de conclure un contrat alors qu'il ne le veut absolument pas. De plus l'obligation de conclure est une obligation de faire, donc se résout en dommages intérêts en vertu de l'article 1142 du Code civil.

Néanmoins, une exception se rencontre en matière de promesses synallagmatiques de vente par application du principe selon lequel « *promesse de vente vaut vente lorsqu'il y a accord sur la chose et le prix* »<sup>99</sup>.

---

98 art 1106-2

99 art. 1589, Code civil français.



### Le champ précontractuel

Dans le cas d'un refus d'exécution d'une telle promesse, les juges assimilent les deux termes. La sanction est alors différente et plus importante, en ce sens que les parties se sont déjà engagées en signant le compromis qui vaut alors vente, et par conséquent, le vendeur ou l'acheteur peut obtenir du juge la condamnation à une exécution en nature.

La sanction classique de condamnation au paiement de dommages intérêts peut cependant être envisagée par les parties en prévoyant clairement dans le compromis que l'accomplissement de certaines formalités sont considérées comme essentielles et que la vente sera conclue postérieurement.

Tel est le cas par exemple de la clause subordonnant la formation du contrat à la réitération du compromis par acte authentique.

Il faut qu'une telle clause soit spécifiée clairement dans ledit compromis sinon l'acte authentique ne sera considéré que comme une simple modalité d'exécution de la vente. A ce moment, si une des parties refuse de réitérer la vente, son cocontractant peut demander et obtenir une décision valant acte.

En ce qui concerne, en outre, le pacte de préférence, celui-ci semble être un sujet de controverses quant à la nature des droits qu'il crée au profit du bénéficiaire dudit pacte. Ces débats surviennent surtout à l'occasion des sanctions possibles dans les cas où le débiteur du pacte conclut le contrat déterminé avec un tiers au mépris total de ce qui a été convenu.

L'intérêt de la qualification que l'on entendra donner à l'obligation de conclure par priorité est la détermination de la nature des sanctions que le juge pourra prononcer à l'encontre du débiteur du pacte qui a failli à son engagement.

Dans un tel cas, il est possible de relever que la sanction est de deux ordres, d'une part celle qui concerne la non exécution de l'obligation, et d'autre part, le sort du contrat lui-même, plus précisément ce dernier aspect soulève la question de la substitution du bénéficiaire dans les droits du tiers.

## Le champ précontractuel

A ce propos, il est une jurisprudence constante selon laquelle les droits que le bénéficiaire tire d'un pacte de préférence, procèdent d'une créance de nature personnelle : la priorité et non un droit réel. L'obligation qui incombe au débiteur du pacte s'analyse en outre comme une obligation de faire et de ne pas faire. Par conséquent, en cas d'inexécution, celle-ci se résout en dommages intérêts.

Toujours en ce qui concerne la non exécution du pacte de préférence accompagnée de la conclusion d'un contrat avec un tiers, il est tout de même à remarquer que le juge a la possibilité de prévoir une autre sanction, à savoir, l'annulation du contrat. Toutefois, la réparation en nature, par le biais de la substitution du bénéficiaire dans les droits du tiers, ne semble être envisageable pour les raisons qui ont déjà été invoqués précédemment, concernant la nature de l'obligation incombant au débiteur du pacte.

En effet, une exécution forcée serait inconcevable dans son principe, corrélativement à la sacro-sainte liberté contractuelle. Cela explique d'ailleurs la position première de la jurisprudence, selon laquelle il semble qu'aucune place ne peut être accordée à une quelconque substitution du bénéficiaire dans les droits du tiers acquéreur.

La Chambre commerciale de la cour de cassation française, dans son arrêt du 7 mars 1989<sup>100</sup>, semble cependant l'appréhender autrement et casse un arrêt de la cour d'appel.

En l'espèce la cour d'appel a reconnu la validité du droit de préemption conféré à des actionnaires d'une société anonyme en cas de transfert de la propriété des actions en vertu d'un pacte de préférence passé avec d'autres actionnaires.

En outre, elle a mis à néant les conventions par lesquelles ces derniers avaient accordé à un tiers des options d'achat irrévocables. Puis, les juges du fond ont ordonné la substitution des actionnaires bénéficiaires du droit de préemption à ce tiers dans la propriété des actions.

---

100 Cass. Com, 7/03/1989, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).

### Le champ précontractuel

La cour de cassation casse la décision rendue par la cour d'appel, et précise qu'il n'était pas établi que l'acquisition des titres résultait d'une collusion frauduleuse entre cédants et cessionnaires.

La lecture de l'arrêt laisserait donc entendre qu'une substitution du bénéficiaire dans les droits du tiers acquéreur serait concevable en cas de collusion frauduleuse entre le tiers et celui qui a inexécuté son obligation en vertu du pacte.

Par conséquent nombreux auteurs<sup>101</sup> se sont engagés dans la brèche que contenait cette décision qui a par la suite fait couler beaucoup d'encre dans le domaine du pacte de préférence en se prononçant en faveur de la substitution du bénéficiaire dans les droits du tiers. Selon, ce courant doctrinal, puisque c'est l'absence de preuve de collusion frauduleuse entre les deux contractants finaux qui a motivé la décision de la Chambre commerciale, dans l'hypothèse où la mauvaise foi du tiers serait avérée, la substitution évoquée précédemment serait la solution de rigueur.

Parallèlement, la cour de cassation française a néanmoins réaffirmé sa position initiale, dans un arrêt du 30 avril 1997<sup>102</sup>, en énonçant que le bénéficiaire d'un pacte de préférence ne pouvait pas être substitué dans les droits du tiers de mauvaise foi qui a frauduleusement conclu, avec le promettant, le contrat projeté, en violation du pacte. La sanction de la rétractation du promettant se limite à de simples dommages intérêts au profit du bénéficiaire du pacte.

Tout récemment, la cour de cassation française vient de rendre un arrêt qui mérite toute l'attention<sup>103</sup>.

La chambre mixte de la cour de cassation relève en l'espèce « *qu'un pacte de préférence, dont les termes obligent le vendeur d'un immeuble à en proposer d'abord la vente au bénéficiaire du pacte, s'analyse en l'octroi d'un droit de préemption, et donc d'une obligation de donner, dont la violation doit entraîner l'inefficacité de la vente conclue malgré ces termes avec le tiers, et en la substitution du bénéficiaire du pacte à*

---

101 Notamment D. MAZEAUD, note sous Cass.Civ. 3ème, 30 avril 1997

102 Cass.Civ. 3ème, 30 avril 1997, D. 1997, Jurisprudence 475, note D. MAZEAUD.

103 Ch.Mixte, 26/05/2006, www.legifrance.gouv.fr

## Le champ précontractuel

*l'acquéreur, dans les termes de la vente ; que cette substitution constitue la seule exécution entière et adéquate du contrat, laquelle ne se heurte à aucune impossibilité »*

Ainsi dans l'arrêt en question, le bénéficiaire d'un pacte de préférence peut non seulement demander l'annulation du contrat passé avec un tiers en méconnaissance de ses droits mais aussi obtenir sa substitution à l'acquéreur, à la condition que ce tiers ait été de mauvaise foi.

Cette condition nécessiterait donc que le tiers ait eu connaissance, lorsqu'il a contracté, de l'existence du pacte de préférence et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir. A défaut, le bénéficiaire du pacte n'aurait pas cette possibilité

En d'autres termes, en matière de « sanction » de non respect d'un pacte de préférence, la substitution du bénéficiaire dans les droits du tiers complice semblerait désormais possible à la condition qu'il ait eu connaissance du pacte. Cependant le prouver sera loin d'être, en pratique, chose facile.

Enfin, l'avant projet de réforme du droit des obligations et de la prescription prévoit d'introduire le pacte de préférence dans le code civil, dont la définition légale serait *"la convention par laquelle celui qui reste libre de conclure, s'engage, pour le cas où il s'y déciderait, à offrir par priorité au bénéficiaire du pacte de traiter avec lui"*<sup>104</sup>.

En outre, il ajoute que *« Le promettant est tenu de porter à la connaissance du bénéficiaire toute offre relative au contrat soumis à préférence. »*<sup>105</sup> Il règle le sort du contrat conclu au mépris du pacte de préférence de la manière suivante : *« Le contrat conclu avec un tiers est inopposable au bénéficiaire de la préférence, sous réserve aux règles assurant la protection des tiers de bonne foi »*<sup>106</sup>.

Deux observations s'imposent. D'une part cet article distingue le tiers de bonne foi de celui de mauvaise foi, qu'il est le seul à sanctionner. Le bénéficiaire n'aura plus ainsi, en cas de collusion frauduleuse, à prouver que le tiers avait connaissance de son

---

104 art. 1106-1, Avant projet de réforme du droit des obligations et de la prescription.

105 art. 1106-2, Avant projet de réforme du droit des obligations et de la prescription.

106 art. 1106-3, Avant projet de réforme du droit des obligations et de la prescription.

### Le champ précontractuel

intention de contracter. En effet, puisque c'est la mauvaise foi qui est sanctionnée, celle-ci se déduit du fait qu'il a eu connaissance de l'existence du pacte.

D'autre part, la sanction envisagée est l'inopposabilité du contrat au bénéficiaire, sans aller, il semble, jusqu'à la substitution du bénéficiaire dans les droits du tiers complice.

Toutefois, à supposer l'inopposabilité reconnue, le bénéficiaire obtiendra en somme, ce qu'il désire : il pourra manifester sa volonté de conclure le contrat, plus précisément, il pourra exercer le droit qu'il tient du pacte de préférence.

En définitive, il pourra donc exiger que le débiteur du pacte de préférence conclue le contrat en question, le résultat serait alors le même qu'en cas de substitution du bénéficiaire aux droits du tiers, ou d'exécution en nature. Cela reviendrait donc à dire que l'article en question donne indirectement au juge la possibilité d'arriver au même résultat que la substitution du bénéficiaire dans les droits du tiers acquéreur, ce qui n'est pas sans danger pour la liberté contractuelle.

Quoiqu'il en soit, l'article en question permettra donc d'assurer une plus grande sécurité juridique en matière de pacte de préférence.

### ***Conclusion partielle***

Bref, la jurisprudence a défini le cadre juridique dans lequel les négociations précédant la formation du contrat interviennent et a élaboré des règles, certes empruntées à la responsabilité délictuelle mais colorées d'un souci plus ou moins décelable de loyauté durant les pourparlers. La responsabilité précontractuelle, en effet qu'elle soit de nature délictuelle ou de nature contractuelle, dépasse son rôle régulateur, et joue de plus en plus celui de moralisateur.

Elle a ainsi dégagé différentes notions au fur et à mesure des créations de la pratique tout en essayant de préserver la liberté contractuelle autant que la loyauté entre les futurs contractants.

### Le champ précontractuel

En outre, le champ précontractuel est le cadre de négociations inaugurées par une simple invitation suivie par les négociations proprement dites pouvant revêtir différentes formes, ayant pour seule finalité d'aboutir à l'élaboration de l'offre, essentielle pour la conclusion du contrat définitif. Durant la période précontractuelle, les éventuelles parties ont au demeurant la possibilité d'aménager leurs relations comme elles le souhaitent. Ceci a notamment le mérite de leur accorder une relative liberté dans la détermination des contours qu'elles entendent donner au contrat projeté.

Par ailleurs le champ précontractuel est le domaine de maturation des volontés des éventuels contractants dans la mesure où les négociations affinent notamment le contenu et l'étendue des obligations éventuelles respectives des personnes en présence- au fur et à mesure que les pourparlers avancent- et les parties éventuelles se dirigent par la même vers un accord de volontés, et partant, vers la conclusion du contrat. Le champ précontractuel est donc un facteur clé de la formation du contrat. Mais sa fonction s'arrête-t-elle là ?

## **Chapitre 2: Le champ précontractuel : outil d'interprétation du contrat**

Le champ précontractuel envisagé hors du domaine de la formation du contrat présente un intérêt tout aussi important en ce qui concerne l'interprétation du contrat.

En effet, il semble que celui-ci puisse représenter un outil d'interprétation du contrat. Une telle affirmation est d'une part justifiée par l'existence d'une obligation précontractuelle d'information. Il convient donc de l'examiner dans une section première.

D'autre part, celle-ci est confortée par l'existence de documents précontractuels, qu'il sera nécessaire d'aborder dans une seconde section.

### ***Section 1 : Justifié par l'existence de l'obligation précontractuelle d'information***

Deux questions peuvent surgir : d'une part, celle qui serait formulée comme suit : « Que signifie au juste l'obligation précontractuelle d'information ? » ; d'autre part, « Comment est-elle appliquée en pratique ? »

Afin d'y apporter une réponse, nous aborderons successivement la notion d'obligation précontractuelle d'information (Sous-section 1) et son application (Sous-section 2)

#### **Sous section 1 : Notion**

Pour une appréhension de la notion d'obligation précontractuelle de renseignement, il convient d'examiner son origine, d'une part et sa définition d'autre part. Ceux-ci feront respectivement l'objet du premier et du second paragraphe.

#### **Paragraphe 1: Origine**

Il est apparu à une période plus ou moins récente, une obligation précontractuelle d'information. Si la loi a dans quelques cas prévu une telle obligation, d'une manière générale, c'est à la jurisprudence que revient le rôle quant à sa

consécration. Nous aborderons successivement en ce qui concerne l'origine de cette obligation, la jurisprudence (A) et la loi (B).

### **A/ La jurisprudence**

La liberté contractuelle suppose que les individus naissent libres et égaux ; puisque le contrat est le résultat de deux volontés qui sont libres et égales chacune est donc, à elle seule, capable de défendre ses intérêts en ce qui concerne la conclusion d'un contrat. En effet, chacun est également considéré être le meilleur juge de ses intérêts. Chacun doit donc rechercher des informations par sa propre initiative au gré de ses interrogations éventuelles, sans penser que l'autre le ferait à sa place. C'est pourquoi, dans le cas particulier du contrat de vente, traditionnellement, le principe était l'adage « *emptor debet esse curiosus* » selon lequel l'acheteur devait être curieux. Il lui revient ainsi de veiller à ses propres intérêts et de se renseigner sur la chose qu'il compte acquérir.

De tout ce qui précède, l'idée de l'existence d'une quelconque obligation d'information avant la conclusion du contrat était à l'origine tout simplement rejetée. Néanmoins, vers la fin des années cinquante, elle a été, du moins indirectement, envisagée lorsque le silence a été admis comme étant une forme passive de dol.

La reconnaissance progressive de la réticence comme étant constitutive d'un dol a effectivement contribué à l'émergence de l'obligation précontractuelle d'information.

En effet, si le fait de garder le silence sur une information, a été considéré comme pouvant être constitutif de dol, cela laisserait entendre qu'il y aurait donc une « obligation de parler » et partant, une obligation d'informer le cocontractant éventuel.

Un arrêt du 15 janvier 1971<sup>107</sup> formule clairement le principe que la réticence peut être dolosive et donc entraîner la nullité du contrat. Il prévoit en effet la possibilité de « réticence dolosive » en ces termes : « (...) *le dol peut être constitué par le silence d'une*

---

107 Cass.Civ. 3ème, 15/01/1971, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).



## Le champ précontractuel

*partie dissimulant à son cocontractant un fait qui, s'il avait été connu de lui, l'aurait empêché de contracter (...) ».*

Dans un premier temps, on remarque en outre plusieurs arrêts dénotant l'existence d'une obligation précontractuelle d'information, au sujet de contrats divers dont le dénominateur commun est, dans la majorité des cas, la présence d'un professionnel comme partie au contrat. Celui-ci s'est vu imposer une obligation de renseigner par la jurisprudence notamment en matière de vente. De ce fait, on assiste ainsi à la consécration progressive d'une obligation d'information dont une des formes est l'obligation précontractuelle d'information quand elle a vocation à être exécutée avant la conclusion du contrat.

Parallèlement, il semble donc que la multiplication d'arrêts ayant contribué à préciser les contours de la notion d'obligation précontractuelle d'information est la manifestation d'une incursion de moins en moins subtile de la notion de bonne foi se manifestant par la loyauté tant au niveau de l'exécution du contrat qu'au niveau de sa formation et de sa préparation.

La bonne foi n'est pas qu'une attitude ou un état d'âme, elle doit se manifester concrètement et sa première manifestation, dans la phase de préparation d'un contrat, consiste à fournir au futur cocontractant l'ensemble des informations dont il a besoin, en plus de l'ensemble des informations qu'il demande, de manière à ce que le contrat en question, éventuellement conclu, soit la concrétisation d'un échange de consentements éclairés.

Plus récemment, la prise en compte des préoccupations issues du droit de la consommation semble également s'imposer au fur et à mesure notamment en ce qui concerne l'utilité de mettre en place des modalités préventives de protection du consentement, en ce sens qu'elles lui assureront son intégrité. La consécration d'une obligation précontractuelle d'information en est une des illustrations; un auteur le décrit au demeurant comme la « *loi de l'attraction du général par le spécial* ». <sup>108</sup>

---

108 L. AYNES, vers une déontologie du contrat ?, mai 2006, [www.courdecassation.fr](http://www.courdecassation.fr)

Une telle tendance s'explique tout d'abord par le développement du consumérisme prônant la protection du consommateur, individu immergé dans une société de consommation de masse où il est assailli par des possibilités innombrables de contracter. Elle s'explique aussi par le souci de coopération qui doit exister entre les parties et partant, de donner au consommateur toutes les cartes pour qu'il puisse dépasser une inégalité de fait, telle que le prônent les tenants du solidarisme contractuel. Selon J. CALAIS-AULOY, l'obligation précontractuelle d'information s'inscrit dans le cadre de l'autonomie de la volonté, dans la mesure où elle donne toutefois toute latitude au consommateur pour décider de s'engager ou non, la différence réside essentiellement sur le fait qu'il a toutes les données à sa disposition pour prendre une telle décision.

Bref, la notion d'obligation précontractuelle d'information s'est fait sa place dans le droit des obligations et est désormais acquise. Elle a d'ailleurs été très tôt reprise par le législateur.

### **B/ La loi**

L'obligation précontractuelle d'information semble être prévue dans le droit positif national et dans le droit positif français.

D'une part, la loi sur la théorie générale des obligations<sup>109</sup> a prévu, certes de manière indirecte, une obligation d'information. Il semble donc que le législateur ait tenu compte des évolutions jurisprudentielles concernant les vices du consentement, en particulier le dol dans la mesure où celui-ci a donné une assise légale à la réticence dolosive.

En effet, l'article 117 alinéa 2 de cette loi stipule que « *Le silence intentionnellement gardé sur une circonstance que l'autre partie était excusable de ne pas connaître équivaut au dol.* »

---

<sup>109</sup> Loi n° 66-003 du 2 juillet 1966 (Madagascar)

## Le champ précontractuel

Il ressort des termes de cette disposition légale qu'il faille tout d'abord qu'il existe une circonstance que l'autre partie était excusable de ne pas connaître. Il ne fait aucun doute que cela fait référence à une obligation de s'informer, ne serait ce que pour l'essentiel, qui pèse sur un contractant.

Par ailleurs, malgré les efforts de ce dernier, si jamais son éventuel cocontractant possédait en plus d'autres informations qui pourraient compléter les données qu'il a personnellement collectées, celui-ci se devrait de porter à sa connaissance ces informations.

S'il y manque, il y aurait vice de consentement, tel que la loi le prévoit, et il exposerait alors non seulement le contrat à la nullité mais aussi sa personne à une éventuelle condamnation pour paiement de dommages –intérêts, ce qui représente un ensemble de sanctions pour le moins dissuasives. Autrement dit, il a une obligation, celle d'informer son cocontractant, avant la conclusion du contrat, le dol sanctionnant une condition de formation du contrat.

D'où il est permis d'avancer que le législateur, de par cette disposition, a inséré l'obligation précontractuelle d'information dans le corpus des règles ayant vocation à régir le droit national des obligations, même si cela y est indirectement exprimé.

D'autre part, le contraste est saisissant, en droit français entre le foisonnement des lois spécifiques prévoyant dans le corps de leur texte des dispositions relatives à une obligation précontractuelle d'information et le vide qu'il est possible de noter en ce qui la concerne dans le Code civil, censé présenter le droit commun des contrats.

En effet, le législateur a profité des apports de la jurisprudence et les a repris dans des textes législatifs et réglementaires relatifs à des contrats spéciaux en insérant ainsi une obligation d'information dans ces contrats<sup>110</sup>.

Cet engouement s'explique essentiellement par la vague de consumérisme qui a

---

<sup>110</sup> Par exemple, les contrats de consommation, les contrats de franchise.

## Le champ précontractuel

cours depuis une époque relativement récente.

En effet les pratiques d'attraction de la clientèle potentielle ont connu une évolution telle que le consommateur est assiégé de toute part par la publicité, et partant, par autant de contrats éventuels avec des professionnels, qui ont souvent recours à des contrats d'adhésion. Le développement des moyens de communication augmente le flux de toutes ces propositions de contracter.

De plus les prix sont librement fixés par les professionnels, ainsi il est possible de constater un déséquilibre de fait entre le consommateur et le professionnel s'ils sont tous deux parties à un même contrat.

Par conséquent, la nécessité d'une protection de la partie considérée la plus faible au contrat dans une société d'économie de marché et de libre concurrence s'est imposée pour rechercher un réel équilibre contractuel.

Cette protection passe d'abord par l'information qui permettrait au consommateur, puisque c'est de lui dont il s'agit, non seulement de faire le tri parmi toutes les sollicitudes dont il est l'objet, mais surtout d'avoir en main assez d'éléments à sa disposition pour s'engager en connaissance de cause. L'obligation précontractuelle d'information ou de renseignement fait alors office de « *mode d'amélioration du consentement.* »<sup>111</sup>

En outre, il est vrai que des mesures situées en aval existent pour assurer l'intégrité du consentement, encore faudrait-il que l'une des parties introduise une action en justice.

Ainsi, bien que le législateur ait prévu ces dispositions légales de validité du contrat relatives notamment au consentement, leur efficacité sera, dans la pratique, tributaire de la volonté et surtout des possibilités de la partie qui souhaite demander la nullité du contrat.

---

111 J. CALAIS-AULOY, l'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats, RTDCiv 1994

## Le champ précontractuel

Comme le soulève à juste titre un auteur, il « *faut un préjudice important, et dès lors exceptionnel, pour que le consommateur songe à le faire* »<sup>112</sup>. Donc, pour les préjudices moins importants, qui sont pourtant les plus courants en matière de consommation, le législateur se devait d'offrir au consommateur des modalités de protection intervenant en amont et donc avant la conclusion du contrat. Telle semble être du moins la source de ces différentes « obligations spéciales d'information. »<sup>113</sup>

L'obligation précontractuelle d'information a donc fait l'objet de dispositions légales diverses et nombreuses en France dont la majorité se trouve dans le code de la consommation (français), dans des domaines très divers et dont le champ d'application est relatif.

En effet, ce champ d'application est soit réduit à une catégorie de contrats particuliers, tel le contrat d'assurance et de crédit, soit plus large, telle celui d'une disposition du Code de la consommation (français).

S'il est effectivement une disposition légale qu'il y a lieu de mentionner tout particulièrement, c'est l'article L 111-1 qui concerne l'information des consommateurs et instaure une obligation générale d'information à la charge de « *tout professionnel vendeur de biens ou prestataire de service* ». Celui-ci « *doit, avant la conclusion du contrat, mettre le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du bien ou du service.* »

Cet article semble, à première vue, être restreint au domaine des relations entre professionnel et consommateur mais, à y voir de plus près, celui-ci peut, en fait, à lui seul englober nombre de contrats car le débiteur de l'obligation est exprimé en de termes très généraux.

Ce faisant, il concerne donc en pratique un très large éventail de contrats dont une des parties, le professionnel, en l'occurrence, aura par conséquent à sa charge une obligation générale d'information.

---

112 J. CALAIS-AULOY, l'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats, RTDCiv 1994

113 F.TERRE P.SIMLER et Y.LEQUETTE, droit civil- Les obligations, 7<sup>ème</sup> édition, ed. Dalloz

## Le champ précontractuel

En outre, si pour l'essentiel, les dispositions au sujet de l'obligation précontractuelle d'information, concernent les relations entre professionnel et consommateur, il convient de signaler, à titre d'exemple, quelques dispositions spécifiques. L'intérêt particulier que le législateur leur a accordé semble se justifier dans les relations qui créent une certaine dépendance d'une partie vis-à-vis de l'autre.

Le chapitre VII du titre III du code civil français traite des contrats sous forme électronique et prévoit une obligation précontractuelle d'information. Ces informations doivent à cet effet figurer dans une offre, dont il est prévu qu'elle comportera des mentions obligatoires qui semblent être destinées à informer le consommateur. Il est à noter que cette disposition s'applique à tout vendeur de biens et prestataire de services sous forme électronique, ce qui a vocation à s'appliquer à un grand nombre de contrats.

En matière de crédit à la consommation et de crédit immobilier, le législateur s'est voulu protecteur des intérêts du particulier afin de lui éviter le surendettement. En conséquence a-t-il développé des dispositions légales censées restaurer une véritable liberté contractuelle et à donner au particulier une vision réaliste de l'étendue et des modalités de son engagement par le biais notamment d'une obligation d'information à la charge du professionnel.

Comme il a déjà été signalé, la prévision d'une obligation précontractuelle par le législateur n'est pas exclusivement réservée aux contrats entre professionnel et consommateur.

Ainsi celui-ci, pour éviter certains abus qui pourraient être perpétrés par une catégorie de professionnels à l'encontre d'autres dans le cadre de relations verticales, a intégré une obligation précontractuelle d'information afin notamment d'éviter certaines « inégalités contractuelles » tenant seulement à un statut. Il s'agit de la loi Doubin du 31 décembre 1989, loi française concernant les contrats de distribution. Le législateur y a par exemple imposé des obligations précises d'information au franchiseur.

Il a effectivement prévu en son article 1<sup>er</sup> une obligation précontractuelle de renseignement à la charge de celui qui lors de relations contractuelles, met à la

### Le champ précontractuel

disposition d'une autre un nom commercial, une marque ou une enseigne tout en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité .

Par ailleurs, celui-ci devra faire parvenir à l'autre partie éventuelle au contrat, un projet de contrat accompagné d'un document informatif.

Au demeurant, il est important de remarquer que l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription prévoit des dispositions nouvelles qui concernent les modalités positives de protection du consentement.

Ce faisant, l'avant-projet précité a pris à son compte l'obligation précontractuelle d'information et l'a consacrée dans le paragraphe qui traite de l'intégrité du consentement. Il stipule expressément en son article 1110 que « *Celui des contractants qui connaît ou aurait dû connaître une information dont il sait l'importance déterminante pour l'autre a l'obligation de le renseigner.* »<sup>114</sup>

Ainsi, cette obligation qui serait intégrée dans le Code civil consacrerait sur le plan légal toutes les règles qui la régissent élaborées par la jurisprudence.

Cet article pose clairement l'existence de l'obligation précontractuelle d'information mais également celle de se renseigner pour pouvoir être à même d'exécuter cette obligation, et ceci compte tenu d'une présomption de « connaissance des informations » en question.

Cette initiative provient de la nécessité de refaire du Code civil le droit commun des contrats, et de réaliser une « réception massive »<sup>115</sup> des solutions que la jurisprudence a eu à consacrer. Par ailleurs le code européen du contrat, en son article 7, impose un devoir précontractuel d'information.

Y est en effet stipulé qu' "*Au cours des tractations, chacune des parties a le devoir d'informer l'autre sur chaque circonstance de fait ou de droit dont elle a*

---

114 Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription.

115 D. MAZEAUD in Observations conclusives, [www.lexinter.net](http://www.lexinter.net)

## Le champ précontractuel

*connaissance ou dont elle doit avoir connaissance et qui permet à l'autre de se rendre compte de la validité du contrat et de l'intérêt à le conclure.»*

### **Paragraphe 2: Définition**

En premier lieu, il convient d'aborder le créancier de l'obligation précontractuelle de renseignement (A), la question du débiteur de cette obligation sera ensuite étudiée en second lieu (B).

#### **A/ Le créancier de l'obligation**

Le niveau d'information semble être le critère commun aux notions qui ont été considérées comme pouvant distinguer le créancier d'une obligation précontractuelle de renseignement du débiteur.

D'une manière générale, le créancier de l'obligation précontractuelle est « celui qui ne sait pas » ; souvent, celui-ci est déterminé soit au regard du contrat même dont il est question, soit au regard de la personne même de l'éventuel cocontractant.

Le premier cas concerne surtout des contrats spéciaux dans lesquels une des parties est considérée comme ayant toujours le niveau d'information le plus élevé par rapport à l'autre et ce indépendamment de la personne des cocontractants. Par conséquent, la partie la moins informée a donc une « confiance particulière »<sup>116</sup> en l'autre, laquelle ne devra pas profiter de cette confiance, ceci ne serait pas loyal de sa part, et a droit à une information.

Dans ce cas, puisque l'obligation précontractuelle d'information est alors prévue par des dispositions légales, le créancier est celui qui est prévu par la loi. Tel est le cas, par exemple, du Code des assurances dans lequel le créancier est l'assuré<sup>117</sup>.

Dans le second cas, en matière d'obligation précontractuelle d'information, le créancier est la partie qui est la moins informée au regard du domaine auquel est relié le contrat en question.

---

116 F.Terré P.Simler et Y.Lequette, droit civil- Les obligations, 7<sup>ème</sup> édition, ed. Dalloz

117 Code des assurances (français), art. L. 112-2 alinea 1



### Le champ précontractuel

Dans la mesure où c'est, dans la plupart des cas, le consommateur qui a généralement un niveau d'information inférieur à son cocontractant, il sera dans la quasi-totalité des cas le créancier d'une obligation précontractuelle d'information. La jurisprudence et le législateur ont développé l'obligation d'information dans ce sens.

Selon une directive communautaire du 20 mai 1997, le consommateur est la « *personne physique qui (...) agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle.* »

Il convient de signaler, à titre de remarque, que la notion de « consommateur » n'est pas facile, en elle-même, à définir et qu'elle est souvent délimitée en référence à celle de « professionnel ».

On peut dire d'une part que le consommateur est celui qui n'est pas un professionnel mais d'autre part c'est également un professionnel intervenant dans un domaine qui est totalement étranger à sa profession, et qui est, au vu de cette opération, considéré comme un consommateur.

La cour de cassation française a notamment clarifié cette différence, pour ne citer qu'un arrêt du 24 janvier 1995 à l'occasion duquel elle a eu à se prononcer quant à l'application d'une disposition légale concernant des contrats entre professionnels et consommateur<sup>118</sup>.

Pour ce faire, il lui a été nécessaire de déterminer si les juges du fond ont bien qualifié l'une des parties, en l'espèce, la société Hélio gravure Jean Didier, entreprise d'imprimerie, qui a conclu un contrat de fourniture d'électricité avec l'établissement public Electricité de France (EDF).

La cour de cassation rejette le pourvoi de la société Hélio gravure Jean Didier en confortant la position de la cour d'appel qui relevait qu' « *est un consommateur celui qui contracte hors de sa sphère habituelle d'activité et de sa spécialité,* » or la société

---

118 Cass. Civ. 1ère 24/01/1995, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)

### Le champ précontractuel

Héliogravure Jean Didier « *était un utilisateur professionnel de l'énergie électrique* », par conséquent les articles litigieux n'avaient pas vocation être appliqués en l'espèce.

De plus, en ce qui nous concerne, la cour de cassation précise que les articles de loi en question « ne s'appliquent pas aux contrats de fourniture de biens ou de services qui ont un rapport direct avec l'activité professionnelle exercée par le cocontractant (...) ».

En lisant a contrario, cela signifierait que les articles en question s'appliquent donc au professionnel qui conclut un contrat n'ayant aucun rapport avec son activité.

Ainsi, le créancier d'une obligation précontractuelle d'information peut aussi être un professionnel dans sa branche d'activité qui est partie à un contrat dont le domaine ne relève pas de sa sphère habituelle de spécialité.

En effet, ses compétences et connaissances techniques dans un domaine ne présument pas d'une information suffisante dans un autre qui lui est inconnu.

Par ailleurs, bien que la notion de consommateur soit déjà à elle seule une notion générale, ce qui a pour conséquence un champ d'application très large, la jurisprudence semble néanmoins avoir agrandi le cercle des créanciers d'une obligation précontractuelle d'information. L'obligation précontractuelle d'information peut effectivement exister en dehors du contrat entre un professionnel et un consommateur, elle n'y est donc pas confinée.

Le créancier peut aussi effectivement résider en la personne d'un simple cocontractant dans des contrats qui n'entrent pas dans le champ d'application des dispositions relatives au contrat de consommation. Dans ce cas, le créancier en question est la partie la moins informée des éventuels contractants en présence, ou du moins celle qui est censée être la « moins sachante ».

## **B/ Le débiteur de l'obligation**

Des parties à un contrat, le débiteur, par rapport à l'obligation précontractuelle d'information, est « celle qui sait » ; étant donné que toute personne détenant une information pertinente et pouvant influencer le consentement de l'autre devra lui en faire part.

Souvent, il s'agira, corollairement à ce qui a déjà été évoqué dans la subdivision précédente, du professionnel qui est présumé être dans son champ de compétence et accessoirement être le plus à même de fournir des informations.

En effet, la jurisprudence semble vouloir assurer le traitement d'un déséquilibre de fait entre les parties, en référence à la vision solidariste, à travers la mise en oeuvre de l'obligation précontractuelle d'information. Dans ce but, le juge, quand cela n'est pas stipulé dans un article de loi, met cette dernière à la charge de la partie en qui l'autre a placé sa confiance légitime, de par sa maîtrise du domaine dont il est question par rapport au contrat.

De la même manière, en ce qui concerne surtout le droit de la consommation, les textes désignent le professionnel comme étant le débiteur au regard de cette obligation, en ces termes « Tout professionnel vendeur de biens ou prestataire de services (...) »<sup>119</sup>. Il en est de même, toujours à titre d'exemple, en ce qui concerne les contrats sous forme électronique.<sup>120</sup>

Toutefois, il se peut aussi que le consommateur soit reconnu par la jurisprudence comme devant exécuter l'obligation précitée.

C'est ce que dénote un arrêt de la cour de cassation française du 24 novembre 1976 d'après les termes -qui sont tout à fait explicites en eux-mêmes- duquel : « *celui qui traite avec un professionnel n'est pas dispensé de lui fournir les renseignements qui, sont*

---

119 Art. L 111-1, Code de la consommation (français).

120 Art. 1369-4, Code civil français : « Quiconque propose, à titre professionnel, par voie électronique, la fourniture de biens ou la prestation de services, (...) »

## Le champ précontractuel

*en sa possession et dont l'absence altère le consentement de son cocontractant. »<sup>121</sup>*

En l'espèce, un particulier, avait vendu sa voiture d'occasion à un garagiste en lui dissimulant que le compteur avait été précédemment remis à zéro par un autre garagiste, auquel il l'avait lui-même achetée.

Il a été reconnu tant par les juges du fond que par la cour de cassation qu'il avait agi par la même de mauvaise foi et qu'il avait donc commis une faute.

Les bases étant établies, la question se pose alors de déterminer comment cette obligation est en fait, dans la pratique, appliquée.

### **Sous section 2: Application**

L'obligation précontractuelle d'information a été consacrée par la jurisprudence. En pratique, à quoi le débiteur d'une telle obligation serait-il tenu ? Ce sera la question de l'étendue de l'obligation précontractuelle d'information qu'il conviendra d'aborder en premier lieu (§1). A supposer qu'il manque à l'obligation précitée, à quoi s'exposera-t-il ? C'est la question des sanctions à un tel manquement, qui sera étudiée en second lieu (§2).

#### **Paragraphe 1: Etendue**

Afin de préciser l'étendue de l'obligation précontractuelle d'information, il est nécessaire d'en préciser le contenu (A) et de déterminer les informations concernées (B).

##### **A/Contenu de l'obligation**

L'obligation précontractuelle de renseignement est particulièrement exigeante mais présente néanmoins un certain pendant.

En premier lieu, l'obligation précontractuelle d'information consiste à fournir

---

121 Cass. 1ère Civ., 24 novembre 1976, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)

### Le champ précontractuel

certaines renseignements que l'on détient au cocontractant au cours de la période précédant la conclusion du contrat afin que ce dernier s'engage véritablement en connaissance de cause.

Il s'agit donc essentiellement, d'une part, d'informer : cela signifie que le débiteur éventuel de cette obligation est tenu de porter des informations qu'il détient à la connaissance de son cocontractant. Son rôle se cantonne alors à fournir des éléments au cocontractant éventuel, pour que ces éléments servent de base et d'appui au cocontractant pour influencer sa décision de conclure ou pas le contrat en question.

Informé ne signifie cependant pas conseiller. En effet, conseiller suppose donner une ou plusieurs indications à l'autre partie quant à la décision qu'elle devrait prendre, ce dont il n'est pas la question en ce qui concerne le contenu de l'obligation précontractuelle d'information. Dans un tel cas, le consommateur sera véritablement ce que certains auteurs qualifient déjà, vu le pullulement des textes qui ont vocation à le protéger, au mieux, de nouveaux « incapables majeurs », d'« enfant chéri du droit moderne » et, au pire, d'individu « rangé parmi les faibles du droit contemporain (comme la classe des « débiles » en droit romain) »<sup>122</sup>.

Ainsi, l'une des parties est tenue d'informer l'autre, mais cette dernière sera libre de conclure ou pas, le dernier mot est censé lui appartenir et ce sera à elle de peser le pour et le contre, son cocontractant éventuel lui en donnant seulement les moyens.

Informé signifie par ailleurs une expression de la bonne foi pendant la période des négociations précontractuelles. La cour de cassation française a d'ailleurs relié ces deux notions dans un arrêt du 10 mai 1989.<sup>123</sup>

Informé peut enfin signifier « bien informer » et par conséquent, rechercher des informations pour informer au mieux. L'obligation précontractuelle d'information impose en effet de rechercher ce que le cocontractant souhaite connaître, rechercher ce que le

---

122 P.DELEBECQUE et F-J. PANSIER, droit des obligations- Responsabilité civile- Contrat 2<sup>ème</sup> édition corrigée, ed. Litec.

123 Cf infra, paragraphe 2, B)

### Le champ précontractuel

contractant doit connaître, bref, « *sonder les reins et le cœur de son futur partenaire* »<sup>124</sup>. En effet, bien s'informer impose aussi au besoin de rechercher des renseignements nécessaires pour éclairer le cocontractant éventuel.

La jurisprudence n'a ainsi pas hésité à inciter le professionnel à rechercher l'information même si celle-ci est située hors de son domaine de compétence.

En outre, l'obligation d'information s'analyse comme une obligation de moyens, dans la mesure où le débiteur de ladite obligation doit tout mettre en œuvre pour porter lesdites informations à la connaissance de son éventuel cocontractant.

Il s'agit, d'autre part d'une obligation d'information qui se situe au niveau de la période précontractuelle et non pendant la phase d'exécution du contrat. Cette précision est d'importance car il y a lieu dans le second cas de parler d'une obligation contractuelle de renseignement qui incomberait éventuellement à un cocontractant, et qui entre donc dans le champ contractuel, avec le régime qui s'ensuit.

Une telle obligation se rencontre surtout dans des contrats relatifs à des biens particuliers dont, par exemple, la manipulation nécessite des prises de précautions particulières. Elle peut également se rencontrer pour des produits ou prestations de services nécessitant une compétence particulière justifiant par la même l'assistance, le conseil et l'information octroyés par le professionnel à son cocontractant.

Toutefois, le caractère quasiment général de l'obligation précontractuelle d'information souffre quelques tempéraments.

L'obligation précitée suppose que le professionnel soit tenu d'informer le consommateur. Les informations en question doivent porter sur les caractéristiques essentielles du produit que lui, professionnel propose au consommateur mais aussi les inconvénients du produit pour que celui-ci s'engage en connaissance de cause.

Cependant, il y a quand même une limite : l'obligation précontractuelle d'information ne va pas jusqu'à imposer au contractant débiteur de cette obligation de

---

124 J MESTRE, transparence et droit des contrats, numéro spécial, Revue de Jurisprudence Commerciale 1993, 77.

### Le champ précontractuel

faire la publicité de ses concurrents et de détourner de lui et ce, de son propre chef, l'autre partie pour l'orienter vers d'autres offres présentes sur le marché, quand bien même ces dernières seraient plus avantageuses. En effet, ce sera contraire à l'esprit de la libre concurrence, un auteur parle d'ailleurs d'un « *devoir de sacrifice*. »<sup>125</sup>

La chambre commerciale de la cour de cassation française a d'ailleurs rendu un arrêt dans ce sens, le 12 novembre 1992 à l'occasion d'un litige opposant la société Borie Fricard Céréales et Martin et la société Sigma Informatique

En l'espèce, la société Sigma informatique avait conclu un contrat par lequel elle s'engageait à fournir à la société BFC des lots de progiciels de gestion commerciale et comptable qui devaient être adaptés aux activités particulières commerciales de la société BFC.

Quelques années après la réception du progiciel, la société BFC reproche à son fournisseur d'avoir failli à son obligation précontractuelle en ayant omis de l'informer sur l'existence d'autres progiciels destinés à des professionnels de son domaine d'activités et pourtant proposés par d'autres sociétés informatiques et à un prix inférieur. Les juges du fond l'ont déboutée.

Elle se pourvoit en cassation et fait valoir que l'obligation précontractuelle d'information qui incombe au vendeur spécialiste en informatique au bénéfice de son client, qui est profane en la matière, porte aussi sur les solutions les plus adaptées techniquement et financièrement beaucoup moins onéreuses dans le commerce.

La cour de cassation précise que « *L'objet des informations était donc les fonctions du progiciel de la gestion commerciale et comptable qu'elle lui offrirait ainsi que les adaptations proposées.* »<sup>126</sup>, excluant donc le fait de renseigner sur d'autres offres sur le marché.

En outre, il convient de relever que l'obligation d'information qui pèse sur le débiteur de celle-ci apparaît comme étant bien lourde. Aussi, si, ce dernier est tenu d'une telle obligation, le corollaire est l'obligation de se renseigner, à la charge cette fois du

---

125 J. MESTRE, note sous Cass.Com. 12/11/92, RTD Civ 1992.

126 Cass. Com. 12/11/92, RTD Civ. 1992, 116, note J. MESTRE.

### Le champ précontractuel

créancier de l'obligation précontractuelle d'information. En effet, il faut signaler que l'ignorance de certains faits ou de certaines circonstances à elle seule ne suffit pas pour justifier l'existence d'une obligation précontractuelle d'information à la charge de celui « qui sait », il faut que cette ignorance soit légitime.

Cela signifie donc que le consommateur, dans la plupart des cas, devra avoir un minimum de prudence et récolter lui-même toutes les informations qu'il lui sera possible de trouver dans la mesure de ses possibilités.

Ceci est, au demeurant, assez clairement résumé dans cette pensée d'un auteur :  
« *Il (le client) devait avoir assez d'usage de la vie pour n'accepter qu'avec un grain de sel les assurances habituelles dont les professionnels sont prodigues.*<sup>127</sup> »

Il faut signaler à titre de remarque que le consommateur devra aussi en principe faire part de ses besoins au professionnel, donc fournir certains renseignements. En effet, nombre de dispositions textuelles prévoyant que le professionnel devra fournir les informations par rapport aux besoins de son client, le premier ira à coup sûr s'enquérir des besoins du second en question.

Les professionnels, sont ainsi tenus de fournir le minimum d'information, et en sus, un supplément aux informations que le cocontractant éventuel a pu lui-même réunir. Si ce dernier n'a pu collecter que très peu d'informations ou pas d'information, il semble qu'il ne lui en sera pas tenu rigueur si l'ignorance est légitime ; par exemple si le domaine dont il est question dans le contrat relève d'une technicité pointilleuse dont seul le professionnel est à même de connaître les rouages.

Il est en effet considéré dans de tels cas que, de par ses qualifications, le professionnel est le seul qui peut informer le consommateur, qui se fiera alors totalement à ce que celui-ci avancera.

La confiance que le consommateur accorde au professionnel, de par son plus

---

127 J.CARBONNIER, droit civil t 4, les obligations, 20<sup>ème</sup> édition mise à jour, ed. PUF



grand degré d'expertise prévaut sur l'obligation du premier à se renseigner lui-même.

Il convient par ailleurs de remarquer que l'avant-projet de réforme sur le droit des obligations prévoit en son article 1110 alinéa 2 un certain encadrement de l'obligation précontractuelle d'information. Ce dernier est énoncé en ces termes : « *Cette obligation de renseignement n'existe cependant qu'en faveur de celui qui a été dans l'impossibilité de se renseigner par lui-même ou qui a légitimement pu faire confiance à son cocontractant, en raison, notamment, de la nature du contrat, ou de la qualité des parties.* »

De cette disposition ressortent les conditions pour que l'obligation précontractuelle de renseignement, puisque c'est d'elle dont il s'agit<sup>128</sup>, existe, notamment l'impossibilité du créancier de l'obligation d'exécuter son devoir de s'informer par lui-même ; impossibilité qui pourrait par exemple être due à l'absence de qualités ou de capacités nécessaires pour avoir accès à ces informations.

La référence à une idée de confiance légitime, par contre est passablement floue et risquerait d'être comprise différemment selon les cas. Dans tous les cas, il est probable que le créancier de l'obligation d'information sera tenté d'y faire appel, alors même qu'il aurait eu la possibilité de se renseigner par lui-même.

Mais de quelles informations est-il question ?

### **B/ Informations concernées**

En premier lieu, l'obligation précontractuelle consiste à renseigner le cocontractant pour que celui-ci s'engage en connaissance de cause.

La finalité des informations concernées est donc d'éclairer le cocontractant éventuel afin que celui-ci puisse peser le pour et le contre ou encore, bien déterminer l'étendue de ses obligations ainsi que celles du cocontractant éventuel. Pour simplifier,

---

128 Cf. supra, art. 1110 alinéa 1.

### Le champ précontractuel

cela lui permettra de savoir ce qu'il pourra obtenir de son cocontractant éventuel, et d'avoir une idée quant à ce qui l'attendrait au cas il se déciderait à signer.

Il semble par ailleurs que les informations concernées se devraient d'être sincères. Cela signifie qu'elles doivent être exactes donc non erronées. Dans la mesure où des informations incomplètes donneraient seulement, au contractant éventuel, une vue partielle sur la situation, pour que ce dernier s'engage réellement en connaissance de cause, il est aussi nécessaire que celles-ci soient complètes.

En outre, le fait de taire une partie des informations qui sont dues au cocontractant éventuel est du domaine de la nullité du contrat pour dol.

De plus, la finalité étant d'éclairer le consentement du créancier de l'obligation, il est exigé que l'information soit pertinente. Cela signifie que l'information est celle qui retiendrait l'attention de la partie éventuelle et qui ne fera certes pas dans tous les cas pencher la balance, mais qui y contribuera activement.

L'alinéa 4 de l'article 1110 prévu par l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, en trace d'ailleurs les contours : « *Seront pertinentes les informations qui présentent un lien direct et nécessaire avec l'objet ou la cause du contrat* ». Les contours étant tracés, il semble donc que la dure tâche de déterminer la notion de « lien direct » reviendra dans la pratique à la jurisprudence, au cas par cas.

L'information porterait aussi sur le contenu de contrats auquel l'un des éventuels contractants est partie, dans la mesure où ceux-ci peuvent avoir un lien avec le contrat en question et représentent un élément essentiel. Tel est le cas dans un arrêt de la chambre commerciale de la cour de cassation française.

En l'espèce, lors de la cession d'un fonds de commerce de vente de produits de parfumerie, le cédant déclare bénéficiaire d'un contrat de distributeur agréé avec plusieurs grandes maisons de parfum en omettant de révéler que celui-ci contient une clause relative à l'environnement de marques. Selon cette dernière, si l'un des contrats n'est pas reconduit, le départ des autres marques s'ensuivrait. C'est ce qui s'est passé, en

### Le champ précontractuel

l'occurrence après que la société Yves Saint-Laurent ait décidé quelques temps après la cession de ne pas reconduire le contrat agréé. Le cessionnaire demande alors l'annulation du contrat pour réticence dolosive, qu'il obtient avec la condamnation à payer diverses sommes.

La cour de cassation rejette le pourvoi formé contre l'arrêt de la cour d'appel et relève que « *pour conclure valablement le contrat de cession du fonds, l'acquéreur devait avoir connaissance du contenu des contrats de distribution, éléments jugés essentiels par les parties (...) d'où il suit que la cour d'appel a retenu des motifs propres à établir que le vendeur avait, par une réticence dolosive, omis de révéler à l'acquéreur l'interdépendance des contrats de distributeur agréé dont il avait le bénéfice et les conditions contractuelles qui subordonnaient leur reconduction (...)* »<sup>129</sup>

Il semble que pour la cour de cassation, le fait d'avoir informé le cocontractant quant à l'existence desdits contrats avant la conclusion du contrat n'ait pas suffi, l'obligation d'information suppose qu'il est nécessaire de fournir des informations non seulement complètes, mais aussi de première importance.

Il aurait donc fallu faire également connaître la fragilité de la situation du fonds de commerce, en l'espèce ; cela procède de la loyauté. Néanmoins la solution semble rigoureuse, si le vendeur doit faire preuve de loyauté, traditionnellement il appartient aussi à l'acheteur d'être curieux, d'autant plus que le contenu des contrats était essentiellement lié à la viabilité du fonds de commerce.

Par ailleurs, le débiteur de l'obligation précontractuelle d'information ne devra pas uniquement se cantonner aux informations concernant l'étendue de ce à quoi l'autre partie éventuelle s'engagera, mais aussi rechercher les éventuelles conséquences du contrat envisagé à l'égard de la situation de son éventuel cocontractant, au cas où celui-ci accepterait de conclure avec lui.

Tel est le cas par exemple des conséquences possibles sur la police d'assurance

---

129 Cass. Com. 4 mai 1993, Marquais c./ Sarrazin, RTD Civ. 1994, 93, note J. MESTRE.

### Le champ précontractuel

de ce cocontractant ainsi qu'il l'a été précisé par la cour de cassation française dans un de ses arrêts.

En l'espèce, une société DH exploitant des bijouteries a conclu un contrat de vente d'un système d'alarme et de protection contre le vol avec la société SME.

Il s'est avéré que ses assureurs refusèrent de la couvrir du risque de vol puisque l'installation dudit système de protection n'était pas conforme au cahier des charges de l'assemblée plénière des sociétés d'assurance incendie et risques divers.

La société DH assigne alors la société SME en résolution de la vente et en réparation de son préjudice mais n'obtient pas gain de cause. En effet, selon les juges du fond, la société SME n'avait pas l'obligation de s'enquérir des intentions de son contractant quant à une souscription d'assurance.

La chambre commerciale de la cour de cassation casse l'arrêt au motif que :

*« Vendeur installateur spécialisé dans les systèmes de protection contre le vol, la société SME était tenue, au besoin après s'être elle-même renseignée sur la conformité de son matériel aux normes imposées par les assureurs, d'informer son acheteur sur les conséquences de son achat au regard de la couverture du risque de vol (...) ».*<sup>130</sup>

Le professionnel est donc astreint à une obligation dont la rigueur est d'autant plus remarquable que son domaine de spécialité est la protection technique contre le vol et non les assurances.

En ce qui concerne en outre les contrats dans lesquels l'obligation précontractuelle d'information a été prévue par des dispositions légales, dans la plupart des cas, les informations à fournir sont énumérées par ces textes.

Celles-ci concernent en général l'objet du contrat, les éventuelles modalités d'exécution de celui-ci, l'étendue de l'engagement du professionnel ou la personne même du cocontractant éventuel, à savoir le professionnel.

---

130 Cass. Com. 25/05/1993, Bull civ. IV n°211. [www.legifrance.fr](http://www.legifrance.fr)

## Le champ précontractuel

Le code de consommation français stipule ainsi en son article L 111-1 et 2 que les informations doivent porter sur les « caractéristiques essentielles » du bien ou du service et sur le délai de disponibilité des pièces de rechange, et en son article L- 113-3 que l'information doit porter sur les prix, les conditions de vente et les limitations éventuelles de responsabilité.

L'information à fournir au cocontractant éventuel doit aussi concerner le prix du produit dont il est question dans le contrat.

D'ailleurs, bien que répondant plus à un souci de transparence du marché, les professionnels sont tenus, en matière de vente, d'informer le consommateur, mais aussi les professionnels qui peuvent traiter avec eux, s'ils sont des producteurs, par rapport aux prix et ce qui concerne les modalités de vente.<sup>131</sup>

En droit français, surtout en ce qui concerne les contrats de franchise, l'information va même jusqu'à celle qui concerne les perspectives d'avenir.

En somme, l'obligation précontractuelle d'information est donc l'obligation de fournir les informations pertinentes aux engagements que l'autre prendra, doublée d'un devoir de chaque partie de s'informer, c'est-à-dire non seulement de recevoir cette information mais également de rechercher raisonnablement à obtenir par ses propres moyens de l'information pertinente.

Donc, s'il est vrai qu'en général seule une partie éventuelle est tenue d'une obligation précontractuelle d'information, cette information ne va pas que dans un sens mais elle est, même parfois dans une moindre mesure, réciproque.

---

131 Loi n°2005-020 sur la concurrence (Madagascar) :

- Art. 11 alinéa 1 : « Le détaillant ou prestataire de service doit, par voie de marquage ou d'étiquetage, d'affichage ou par tout autre procédé approprié, informer le consommateur sur les prix et les conditions et modalités particulières de vente. »

- Art. 11 alinéa 2 : « Tout producteur, prestataire de service, grossiste ou importateur revendeur, est tenu de communiquer à tout acheteur de produit ou demandeur de prestation de service pour toute activité professionnelle, qui en fait la demande, son barème de prix et ses conditions de vente(...) »

En outre, le flux d'informations échangées entre les parties, avant la conclusion du contrat, en raison de cette obligation précontractuelle d'information est important tant par rapport à son contenu que par rapport à son volume.

Toutefois, il arrive parfois que le débiteur de cette obligation précitée ne l'exécute pas, ce qui nous amène à la question relative au manquement à ladite obligation.

## **Paragraphe 2: Sanction du manquement**

Le manquement à l'obligation précontractuelle d'information est susceptible d'entraîner des sanctions dont la principale, qui est d'ailleurs de loin la plus dure, est la reconnaissance de l'existence de réticence dolosive. Cette dernière fera l'objet d'une première subdivision (A), la seconde concernera quant à elle, les autres sanctions possibles (B).

### **A/ Reconnaissance de l'existence de réticence dolosive**

Le fait de manquer à son obligation précontractuelle d'information se manifeste pour l'essentiel, par le fait que le débiteur de cette obligation garde le silence sur un fait dont il connaît l'importance déterminante pour son éventuel cocontractant quant à sa décision de conclure le contrat ou pas.

Cette dissimulation est consacrée par la jurisprudence comme étant une expression possible de manœuvre frauduleuse passive en vue de soutirer le consentement d'une partie éventuelle à un contrat, c'est la réticence dolosive. En effet, cette notion n'a pas été prévue par l'article 1116 du code civil concernant le dol, mais est le résultat d'une interprétation téléologique progressive que la jurisprudence en a faite.

La loi sur la théorie générale des obligations le prévoit par contre expressément en son article 77 selon lequel : « *Le silence intentionnellement gardé sur une circonstance que l'autre partie était excusable de ne pas connaître équivaut au dol.* »

En principe, toute abstention d'informer n'est donc pas en elle-même constitutive de réticence dolosive donc répréhensible. Il est nécessaire qu'elle ait véritablement vicié le consentement. La cour de cassation française l'a par exemple rappelé dans un arrêt du 10 février 1998.<sup>132</sup>

A l'occasion d'une application de la loi du 31 décembre 1989 relative notamment au contrat de franchise qui met à la charge du franchiseur une obligation précontractuelle d'information insérée dans un document à communiquer vingt jours au minimum avant la signature du contrat, la cour précitée s'est refusée à ce que le non respect de ce texte impératif entraîne de manière automatique annulation du contrat.

Elle a en effet subordonné la nullité de la convention à un vice du consentement du franchisé qu'aurait pu entraîner une information incomplète ou inexistante, en ces termes: *"ne donne pas de base légale à sa décision au regard de l'article 1er de la loi du 31 décembre 1989 la cour d'appel qui annule des contrats de location-gérance au seul motif que les avant-projets de contrat n'ont pas été communiqués avant la signature, sans rechercher si le défaut d'information avait eu pour effet de vicier le consentement des locataires -gérants"*.

Ainsi, pour que le caractère dolosif d'une réticence soit reconnu, il faut d'une part que le silence soit intentionnellement gardé et porte sur une information déterminante du consentement de l'autre partie éventuelle au contrat. Cela signifie que sans ce silence, le cocontractant ne se serait pas engagé. Ce caractère, « déterminant », s'apprécie par ailleurs in concreto, donc en fonction de la personnalité du contractant qui prétend avoir été victime d'un vice du consentement.

Il est également nécessaire, d'autre part, que la réticence ait entraîné une erreur, l'objet de celle-ci importe peu puisque c'est la mauvaise foi de l'auteur de la réticence dolosive que la loi entend sanctionner. En tout état de cause, cette erreur doit être excusable.

---

132 Cass.com.10/02/98, [www.courdecassation.fr](http://www.courdecassation.fr)

## Le champ précontractuel

Le principe est effectivement le suivant : pour que l'existence d'une réticence dolosive soit établie, le silence doit avoir porté sur une information, ou une circonstance que l'autre partie était excusable de ne pas connaître.

Cette exigence jurisprudentielle fait référence à l'obligation pour chaque contractant éventuel de commencer par se renseigner par lui-même, donc ne pas être tellement naïf au point de prendre pour argent comptant les exagérations faites par son cocontractant éventuel ; puisque c'est le propre des affaires de faire la publicité du produit que l'on souhaite vendre ou de la prestation que l'on souhaite fournir. Ceci se traduit d'ailleurs par la notion de *bonus dolus*, ou « *bon dol* », en référence aux petites exagérations ; surtout au sujet des qualités notamment des produits proposés ; qui sont de mise en matière commerciale.

Il ne réside par ailleurs aucun doute sur le fait que cette condition, par sa référence au devoir minimal de se renseigner de la partie qui « ne sait pas », allège, même à moindre mesure, l'obligation particulièrement exigeante qui pèse sur le « contractant qui sait », mais elle soulève cependant une difficulté. En effet, toute la question est de déterminer le point critique à partir duquel l'ignorance d'une partie est inexcusable. Il semble que la réponse à cette question relèvera de la pure casuistique.

Ce sera par exemple le cas quand l'erreur aura un caractère invraisemblable. Il en va particulièrement ainsi par exemple dans des cas de défauts apparents de la chose vendue, cette apparence excluant l'idée même de manoeuvres destinées à vicier le consentement du cocontractant éventuel.

Toutefois, la jurisprudence semble assimiler de plus en plus le manquement à l'obligation précontractuelle d'information à la réticence dolosive. Une remarque s'impose, tout d'abord : la reconnaissance de ce lien entre l'obligation précontractuelle d'information et la réticence dolosive de manière automatique est sujet à controverses. Pour les tenants de l'école solidariste, la seconde est la sanction systématique du manquement à la première, tandis que pour ceux de l'école classique il est nécessaire de réunir certaines conditions. Pour revenir à nos développements, la première tendance semble gagner du terrain et faire prévaloir la condamnation de la malhonnêteté de l'auteur



### Le champ précontractuel

du dol, à l'image d'un arrêt très remarqué et relativement récent de la cour de cassation française, datant du 21 février 2001<sup>133</sup>.

En l'espèce, un hôtel se révèle, après son acquisition, à la fois dépourvu d'autorisation d'ouverture et exploité en contravention aux règles de sécurité et non classé dans la catégorie deux étoiles, et ce, contrairement aux affirmations des cédants du fonds de commerce.

Pour débouter cependant les acheteurs de leur demande en nullité de la vente pour dol, la cour d'appel retient que les conditions de cette annulation ne sont pas réunies *"en raison du caractère inexcusable de l'erreur dont il soutient avoir été victime"*, dès lors *"qu'il avait une obligation particulière de se renseigner lui-même compte tenu du caractère professionnel de l'opération et que des vérifications élémentaires auprès des cédants lui auraient révélé l'exacte situation administrative de l'établissement"*.

L'arrêt est cassé par la cour de cassation au motif que *"la réticence dolosive, à la supposer établie, rend toujours excusable l'erreur provoquée"*.

En l'espèce, l'opération avait un caractère professionnel, et le cessionnaire aurait pu avoir connaissance des informations en cause en faisant une simple vérification ; l'erreur en principe, était inexcusable. Or du fait de la réticence du cédant, elle devient excusable. C'est principalement la mauvaise foi du cédant que la Cour a voulu sanctionner.

Cette dernière affirme clairement un principe : celui en vertu duquel la réticence dolosive entraîne automatiquement que l'erreur est excusable, en d'autres termes ce serait reconnaître que le seul manquement à l'obligation précontractuelle d'information suffit à caractériser le caractère dolosif du silence. La victime de la réticence n'aura qu'à prouver le caractère déterminant de l'information délibérément tue.

La plupart des « silences » risqueraient donc d'être constitutifs de dol, dans la mesure où le champ d'application de l'obligation précontractuelle d'information est particulièrement large et où l'intention de l'auteur dudit silence n'est plus à être

---

133 Cass. Civ 3ème, 21/02/2001, [www.lexinter.fr](http://www.lexinter.fr)

### Le champ précontractuel

recherchée. D'où d'ailleurs la crainte de certains auteurs dont Jérôme BETOULLE, que cette décision ne " signe l'arrêt de mort du *dolus bonus* "134.

De plus, par voie de conséquence, le contrat aura donc plus de chances d'être nul, dans la mesure où la possibilité d'échapper à cette nullité ; que l'exigence du caractère excusable de l'ignorance du créancier de l'obligation accordée ; sera semble-t-il expressément compromise par l'arrêt.

Néanmoins, un arrêt récent postérieur à cette décision semble ne pas confirmer cette crainte.<sup>135</sup>

En l'espèce, un salarié de la société Cap Gemini, s'est vu offrir l'acquisition, de bons lui donnant la faculté d'acquérir autant d'actions de cette société à un prix déterminé lors de la levée de l'option qui devait intervenir postérieurement.

Pour pouvoir acquérir ces bons, le salarié précité et son épouse ont contracté un emprunt auprès de la banque Société Générale, avec laquelle celui-ci a également conclu une convention intitulée "Contrat d'options sur actions cotées" selon laquelle, il s'engageait à lever les options d'achat d'actions en janvier 2000 .

Ils se sont alors accordés que la banque lui verserait la différence entre la somme du prix du bon et le cours réel si le prix de ces actions à cette date était inférieur.

Si celui-ci était supérieur à ce montant, la banque lui verserait la plus-value dans la limite d'un cours maximum déterminé d'accord partie. La date prévue étant arrivée, le cours de l'action en question s'élève en fait à près de cinq fois le cours maximum prévu.

Les époux alléguant avoir été victimes d'un dol par réticence, ont notamment demandé l'annulation des contrats conclus avec la banque.

La cour de cassation stipule à l'occasion que « *le manquement à une obligation précontractuelle d'information (...) ne peut suffire à caractériser le dol par réticence, si*

---

134 in L'aspect « délictuel » du dol dans la formation des contrats, 26ème rapport annuel, Cour de cassation 2001, [www.courdecassation.fr](http://www.courdecassation.fr).

135 Cass. Com. 28/06/ 2005, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)

### Le champ précontractuel

*ne s'y ajoute la constatation du caractère intentionnel de ce manquement et d'une erreur déterminante provoquée par celui-ci ».*

De même que le silence gardé sur des informations, la délivrance de ces dernières alors qu'elles sont inexactes ou trompeuses est en outre susceptible de constituer un vice du consentement. La partie peut alors demander la nullité du contrat à charge pour elle d'établir que les conditions précédemment évoquées qui constituent ce vice du consentement soient réunies. Il appartient en effet à celui qui allègue le dol de le prouver.

136

A titre d'exemple, il est possible de citer un arrêt récent de la cour de cassation française. En l'espèce, un franchisé, la société Aixapp, avait demandé l'annulation d'un contrat de franchise au motif que son franchiseur, la société Cocidac aux droits de laquelle est la société Jeff de Bruges France, lui a fourni une information inexacte, pourtant déterminante ; et a par la même vicié son consentement.

La Cour d'appel de Montpellier lui donne gain de cause. Le franchiseur se pourvoit en cassation et fait valoir qu'il avait respecté l'obligation précontractuelle d'information d'origine légale et que l'information litigieuse n'était pas prévue par les textes précités. Par conséquent, selon lui, il n'a pas failli à ladite obligation, d'une part, et d'autre part, il appartenait à son cocontractant, qui en avait d'ailleurs eu l'occasion, de vérifier les données dites défectueuses.

La cour de cassation rejette le pourvoi et pour reprendre ses termes : *« Mais attendu, d'une part, qu'ayant énoncé à bon droit, que la loi ne met pas à la charge du franchiseur une étude du marché local et qu'il appartient au franchisé de procéder lui-même à une analyse d'implantation précise, l'arrêt a fait l'exacte application de l'article 1er de la loi du 31 décembre 1989 (...) en retenant (...) que, dans la cas où une telle information était donnée, ce texte met à la charge du franchiseur une présentation sincère du marché local. »*<sup>137</sup>

---

136 « Il (le dol) ne se présume pas et doit être prouvé. » Art. 1116, alinéa 2, Code civil français.

<sup>137</sup> Cass. Com. 11/02/2003, D 2003, 2304.

## Le champ précontractuel

L'information quand elle est communiquée se doit donc de revêtir le caractère sincère.

Il est de plus intéressant de relever qu'en l'espèce, même si le franchiseur a scrupuleusement communiqué toutes les informations prévues par la loi Doubin, il a été reconnu avoir failli à son obligation précontractuelle d'information en donnant une information erronée, pourtant non exigée par les textes. Il ne faut pas en effet oublier la finalité de l'information: elle doit être aussi exacte que possible afin d'éclairer le consentement de l'éventuel cocontractant. Ceci rejoint de plus l'esprit des textes en question.

Dans les cas où la réticence dolosive est reconnue comme étant constituée, la violation de l'obligation constitue donc un vice du consentement, avec la principale conséquence inéluctable qui s'ensuit : la nullité du contrat.

Tel est le cas, par exemple, dans un arrêt du 18 février 1997<sup>138</sup>.

En l'espèce, un établissement financier, le crédit agricole mutuel de la Gironde qui a prêté une certaine somme à une personne, a intentionnellement tu des informations sur la mauvaise situation financière de cette dernière pour pousser la caution à conclure le contrat de cautionnement en question.

La débitrice ayant failli à ses obligations, le crédit agricole de la Gironde assigne la caution, laquelle oppose la nullité pour dol. Le litige est porté jusqu'à la cour de cassation qui rejette le pourvoi et approuve la décision des juges du fond qui ont principalement prononcé la nullité pour cause de réticence dolosive.

Elle relève d'ailleurs que « *manque à son obligation de contracter de bonne foi et commet ainsi un dol par réticence la banque qui, sachant que la situation de son débiteur est irrémédiablement compromise ou à tout le moins lourdement obéré, omet de porter cette information à la connaissance de la caution l'incitant ainsi à s'engager (..)* »

---

138 Cass. Civ. 1ère, 18/02/1997, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)

La nullité si elle est la principale sanction, n'en est pas moins l'unique.

### **B/ Autres sanctions éventuelles**

La principale sanction éventuelle pour manquement à une obligation précontractuelle d'information est la mise en jeu de la responsabilité civile délictuelle du débiteur de cette obligation.

Cette possibilité tient en effet au fait, d'une part, que le dol, et donc la réticence dolosive, est une notion dualiste. En premier lieu il est un vice du consentement, d'où la prévision d'une sanction commune à tous les vices du consentement s'ils sont constitués : celle de la nullité du contrat en cause.

En second lieu, la réticence dolosive constitue un comportement déloyal de son auteur, constitutif de faute, au sens du délit civil, pouvant engager la responsabilité du cocontractant éventuel et pouvant donner lieu à réparation du préjudice ainsi causé.

D'autre part, le fait de manquer à l'obligation précontractuelle d'information est un manquement à l'obligation de bonne foi durant la période qui précède la formation du contrat.

Or, dans la mesure où, pour la jurisprudence, un manquement à ce devoir de bonne foi met en jeu la responsabilité civile délictuelle, l'éventuelle partie qui a failli à ladite obligation d'information, pourrait également être, par conséquent, condamnée à payer des dommages-intérêts sur la base du même fondement.

Par ailleurs, l'obligation précontractuelle d'information, comme son nom l'indique, est une obligation qui trouve sa source dans le champ précontractuel, et notamment dans un devoir de bonne foi à respecter pendant la durée des pourparlers.

Cette obligation est donc aussi un devoir de comportement du contractant éventuel d'où sa sanction devrait également être recherchée dans la responsabilité « extra contractuelle » donc délictuelle. Un auteur parle à cet effet d' « une violation des règles

## Le champ précontractuel

déontologiques »<sup>139</sup>, une « *marque de comportement anti-social, une atteinte au fonctionnement normal du marché, qui met en péril la sécurité que l'on peut en attendre.* »

Au demeurant, l'admission de la mise en œuvre possible de la responsabilité délictuelle de celui qui n'a pas exécuté l'obligation précontractuelle d'information est aussi justifiée par un souci de sanctionner celui-ci car il s'est rendu « coupable » d'un comportement de mauvaise foi. Comme le souligne un auteur, « *En réalité, l'institution du dol ne tend pas uniquement à protéger la victime, mais apparaît comme une "punition-sanction".*<sup>140</sup> »

De plus la jurisprudence, depuis un arrêt du 10 mai 1989 semble avoir rattaché cette obligation à celle de négocier de bonne foi.<sup>141</sup>

En l'espèce, par acte sous seing privé du 20 juin 1979, intitulé " contrat d'ouverture de crédit en compte courant ", la caisse régionale de crédit agricole mutuel des Deux-Sèvres a prêté une somme à des époux et ont également signé un contrat avec des cautions solidaires.

Après que la liquidation des biens des emprunteurs ait été prononcée, le crédit agricole, assigne les cautions précitées en remboursement de sommes qui lui étaient dues.

Le tribunal a, sur la demande reconventionnelle formée par les cautions, entre autres, annulé pour dol leur cautionnement puisque la caisse régionale en question avait omis de leur indiquer le montant de la dette concernée.

L'affaire arrive devant la juridiction suprême qui casse l'arrêt infirmatif de la cour d'appel au motif que « (...) *manque à son obligation de contracter de bonne foi et commet ainsi un dol par réticence la banque qui, sachant que la situation de son débiteur est irrémédiablement compromise ou à tout le moins lourdement obérée, omet de porter cette information à la connaissance de la caution afin d'inciter celle-ci à s'engager.* »

---

139 L. AYNES, in « Vers une déontologie du contrat ? » conférence 11 mai 2006, [www.courdecassation.fr](http://www.courdecassation.fr)

140 J. BETOULLE, l'aspect « délictuel » du dol dans la formation des contrats, [www.courdecassation.fr](http://www.courdecassation.fr)

141 Cass. 1ère Civ., 10/05/89, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)

### Le champ précontractuel

En ce qui concerne la responsabilité civile délictuelle, le créancier de l'obligation précontractuelle d'information peut demander cette sanction à la place de l'annulation du contrat ou en plus de cette annulation.

En effet, ces deux choix ont des finalités différentes : intenter une action en paiement de dommages-intérêts en mettant en jeu la responsabilité civile délictuelle sanctionne la faute de la partie éventuelle, tandis que l'action en nullité sanctionne la réticence dolosive en tant que vice du consentement.

Il lui est donc possible de demander cumulativement que la nullité du contrat en cause soit prononcée et que la responsabilité délictuelle de l'intéressé soit engagée à l'exemple de l'acquéreur d'un véhicule d'occasion auquel le garagiste aurait dissimulé le fait que l'automobile en question avait été précédemment accidentée. Le demandeur a réclamé des dommages-intérêts et poursuivi la nullité du contrat.<sup>142</sup>

En outre, il se peut aussi, par exemple que le contrat soit résilié aux frais de celui qui a manqué à son obligation précontractuelle d'information.

On peut citer le cas d'une société (Prodim), celle-ci avait conclu avec des époux, un contrat de franchisage pour l'exploitation d'un magasin. Les franchisés le résilièrent quelque temps plus tard et sans avoir payé des factures antérieures de stocks. Le franchiseur leur en demande le règlement ainsi que le paiement d'une indemnité de résiliation.

Arrivé devant la cour de cassation, celle-ci rejette le pourvoi formé par le franchisé et relève que la société a donné des informations erronées à ses cocontractants avant la conclusion du contrat alors qu'elle disposait des éléments nécessaires pour analyser la situation. De plus elle avait dissimulé certains faits. En somme, elle avait manqué à son obligation d'information et le dol était en l'occurrence constitué.

---

142 Cass. Civ.1ère, 15/05/2002, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)

## Le champ précontractuel

Ce faisant, la cour de cassation rejoint l'avis des juges du fond, et la sanction de cette inexécution est la résiliation du contrat de franchise à ses frais, puisque le montant des dommages intérêts se compenseraient avec celui des impayés.<sup>143</sup>

Il est aussi possible, si le contrat en question était une vente, que la victime invoque des vices cachés à condition que l'information volontairement tue porte sur un vice de la chose vendue.

En outre, il convient de signaler à titre de remarque que des sanctions spécifiques sont possibles, notamment en ce qui concerne les contrats dont l'obligation précontractuelle d'information est expressément prévue par des textes spécifiques.

Ces sanctions au manquement de l'obligation précontractuelle d'information sont diverses et vont par exemple de peines d'amendes à la déchéance aux intérêts, pour ne citer que le cas du crédit à la consommation<sup>144</sup>.

Ainsi, l'obligation précontractuelle d'information en plus d'être particulièrement rigoureuse à l'égard de celui qui est tenu par elle, est assortie de sanctions tendant à dissuader celui-ci de ne pas l'exécuter. Ceci aura pour conséquence l'existence d'une « base d'informations » tant riches que complètes qui seront d'une utilité certaine pour éclaircir à l'avenir certaines clauses du contrat, par exemple. Ceci sera d'autant plus conforté par l'existence de documents précontractuels.

### ***Section 2: Conforté par l'existence de documents « précontractuels »***

Etudier le champ précontractuel comme outil d'interprétation des contrats nécessite également d'aborder l'existence des documents précontractuels. Pour ce faire, les prochains développements seront consacrés en premier lieu aux documents précontractuels, dans une première sous-section ; et en second lieu « aux documents précontractuels et l'interprétation du contrat » dans une seconde sous-section.

---

143 Cass. com. 27/02/98, RTDCiv 1999, note J. Mestre.

144 art. L. 311-33 à L. 311-35, Code civil français.



### **Sous section 1: Des « documents précontractuels »**

Nous aborderons dans un premier temps la notion de « documents précontractuels », cela fera l'objet du premier paragraphe, et ensuite, la source desdits documents, auquel sera consacré le second paragraphe.

#### **Paragraphe 1: Notion**

La notion de document précontractuel sera appréhendée tant au niveau de la définition (A) que de la classification (B).

##### **A/ Définition**

Lorsque les pourparlers, surtout dans le cadre du commerce international, sont appelés à durer un certain temps, ils sont souvent ponctués par divers documents, qui ne sont pas forcément des avant-contrats, tels que des protocoles d'accord, des accords de principe, des " memorandum of understanding ". Ces documents échangés entre les parties, au cours de la négociation sont ce que le terme de « document précontractuel » désigne.

Si de tels cas se rencontrent dans des contrats de la vie courante, ils sont surtout remarqués lors de la conclusion de contrat de grande importance, communément appelés « gros contrats ». De plus, il est actuellement de plus en plus fréquent que lors des négociations les parties ne sont pas toujours en présence l'une de l'autre.

En effet, le développement des moyens de communication, entre autres, fait que le contractant éventuel puisse entrer en contact avec un futur cocontractant éloigné du point de vue géographique.

Dans de tels cas, les négociations se font souvent par des canaux de communication autres que le dialogue en face à face, ainsi, dans la plupart des cas, cela se fait par l'échange de foule de documents entre les intéressés.

Ces documents émanent des éventuelles parties respectives et servent en fait,

## Le champ précontractuel

d'une manière générale, de support à leur négociation mais aussi de trace de l'avancée de leurs pourparlers vers la conclusion des contrats définitifs.

Ceux-ci ne font donc pas partie du champ contractuel mais plutôt de celui précontractuel.

Il est en outre possible que ceux-ci soient l'œuvre d'une personne autre que les « négociateurs ». Ils servent souvent dans ce cas à appuyer les propositions et contre-propositions échangées entre les parties éventuelles. Tel est le cas, par exemple, de rapports d'expertise envoyés pour démontrer le bien fondé d'une proposition, ou envoyés en réponse à la demande de l'autre partie.

Par ailleurs, ces documents se déclinent sous plusieurs formes, pour ne citer que quelques-uns, ceux-ci peuvent par exemple être des lettres, des catalogues, des rapports contenant des informations sur la situation financière des parties éventuelles au contrat, des études de marché ou des accords. La liste est loin d'être exhaustive et elle serait même longue.

A défaut de pouvoir en faire un inventaire complet, il est possible de s'essayer à en dresser une classification.

### **B/ Essai de classification**

Il apparaît possible de classer les documents précontractuels en fonction de leurs rôles : les uns tendent à préparer la conclusion des contrats et ont un régime à part, même s'ils ne sont pas encore bien définis : ce sont les accords préparatoires. D'autres tendent au contraire à informer les parties, ce sont les documents techniques et informatifs. Nous examinerons successivement ces différentes classes.

#### **1- Les contrats préparatoires, notamment les accords de principe**

Les accords préparatoires sont des accords intervenant entre les parties éventuelles à un contrat définitif afin de négocier en vue de la conclusion du contrat définitif.

### Le champ précontractuel

Ceux-ci ont soulevé des débats, notamment relatifs à leur nature, certains auteurs y voient des contrats potentiels, virtuels qui ne sont pas complètement des contrats en soi, alors que d'autres les rangent dans la catégorie de véritables contrats.

L'accord de principe est un contrat de négociation, puisque les éventuels cocontractants, au regard du contrat final, se mettent d'accord pour négocier en vue de la conclusion dudit contrat définitif.

En outre, les accords préparatoires peuvent prendre des formes variées et se déduisent souvent et notamment à partir de correspondances. Le plus courant est néanmoins l'accord de principe qui fera l'objet de la présente étude dans la mesure où c'est le principal accord préparatoire dont il peut être tout à fait représentatif.

Lorsque les parties éventuelles à un contrat ont recours à la technique des accords de principe, c'est souvent quand le contrat définitif se forme par étapes successives. C'est d'ailleurs ce que le droit allemand désigne par le mot « punctuation » évocateur en lui-même.

En effet, cela signifie que les parties éventuelles au contrat en question vont le négocier point par point. Pour mieux l'expliquer, il est intéressant de reprendre les termes d'un auteur : « *En attendant de peaufiner ces éléments et de les discuter, les parties décident de différer la conclusion du contrat définitif une fois que toutes ces données seront complètes, d'assurer sa sécurité quant aux fragments du contrat déjà négociés.* »<sup>145</sup>

Les accords de principe retracent alors dans ce cas, à plus forte raison sous forme écrite, le cheminement des parties, pour aboutir au contrat définitif, avec les « bifurcations » en ce qui concerne leurs volontés respectives et les « carrefours ».

Par ailleurs, la notion d'accord de principe est une notion assez floue, ce qui est cependant certain, c'est que celui-ci, s'il est un contrat, n'est pas le contrat définitif et que

---

145 J. SCHMIDT-SZALEWSKI, la force obligatoire à l'épreuve des avant-contrats, RTD Civ 2000, 25 et s.

### Le champ précontractuel

l'engagement qu'il contient est celui de négocier pour aboutir à un éventuel contrat définitif.

L'accord de principe est en outre un accord présentant un caractère temporaire. En effet les parties éventuelles ne sont tombées d'accord que sur le principe du contrat, ce qui la différencie du contrat définitif dans lequel celles-ci s'accorderaient alors sur le contenu du contrat en bloc.

L'accord précité ne concernera alors souvent qu'un ou deux points précis seulement du contrat définitif. Alors que ce dernier est au demeurant un engagement ferme, l'accord de principe semble au contraire être un engagement temporaire pour le temps des négociations.

Pour simplifier, celui qui signe un accord de principe dirait « En principe, j'envisage de conclure un contrat, mais attendons voir... ». Un auteur observe à ce propos que : *« L'accord de principe suppose donc une attente, que la volonté mûrisse au regard des développements du marché. »*<sup>146</sup>

Ainsi, dans un arrêt de principe du 24 mars 1958, la Chambre Sociale de la cour de cassation française a reconnu l'existence d'un accord de principe à partir des termes d'une lettre, écrite par un employeur : *« (...) dès que la reprise de l'activité automobile le permettra, nous examinerons à nouveau la possibilité de le réintégrer dans l'entreprise »*. Pour la cour précitée, il ne s'agit pas d'un *« engagement ferme de réintégrer M., mais d'examiner, selon la prospérité et l'évolution de l'entreprise, la possibilité de le réintégrer, ce qui ne constituait qu'un accord de principe »*.

En l'espèce, au lendemain de la guerre, un ancien employé de la Régie Nationale des Usines Renault, demande à son ancien employeur par lettre recommandée sa réintégration au sein du personnel. Il lui est parvenu une réponse avec des termes dont la lecture a accordé à ladite lettre des qualifications différentes. Toute la question qui se posait à la cour de cassation concernait la nature juridique de cette lettre, nature qu'elle a déterminée tel qu'il vient d'avoir été évoqué ci-dessus.

---

146 I. NAJJAR in « L'accord de principe » D 1991, 57.

## Le champ précontractuel

En outre, en ce qui concerne le caractère d'un accord de principe, celui-ci a encore à être confirmé, pas obligatoirement mais éventuellement, en ce sens il est précaire, ajouté au fait que celui qui y est partie a toujours la possibilité de ne pas conclure le contrat définitif.

La cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 07 novembre 2002 parle effectivement de l'accord de principe en ces termes. « *Il s'agit ainsi d'un engagement de négociateur sans obligation d'aboutir.* »<sup>147</sup>

En l'espèce, deux sociétés s'étaient rapprochées en vue de créer un site internet consacré à l'introduction d'opérations en Bourse. A cette fin, elles ont signé une convention prévoyant la constitution d'une filiale commune et la négociation de bonne foi d'un pacte d'actionnaire. Elles y ont ajouté « que toutes les dispositions de cette convention étaient constitutives d'obligation de moyen ».

La cour d'appel de Paris retient la qualification d' « accord de principe », la convention contenant exclusivement des obligations de moyen, les parties s'étant donc engagées à tout mettre en œuvre pour que les négociations se déroulent bien ; ce qui est tout à fait différent d'un engagement de signer le contrat définitif.

Par ailleurs, en ce qui concerne le régime des accords en question, une obligation incombe aux parties à ce contrat de négociation : celle de négociateur de bonne foi.

Ainsi, à l'occasion de l'espèce précédente, les juges du fond ont précisé que :  
« *L'obligation de négociateur qu'entraîne l'accord de principe est une véritable obligation contractuelle.* » En effet, « *la rupture des pourparlers qui résulte du contrat de négociation, si elle est fautive constitue une défaillance contractuelle donnant lieu à des dommages et intérêts en faveur de l'autre partie.* »

---

<sup>147</sup> Paris, 1ère ch. C, 7/11/2002, RTD Civ 2003 n°1.

### Le champ précontractuel

En l'espèce, la cour d'appel rappelle que l'accord de principe génère une obligation contractuelle, donc c'est un contrat, et la condamnation au paiement de dommages intérêts a été retenue car la rupture était considérée comme abusive.

Ceci s'explique par le fait que l'obligation de négocier que contient l'accord de principe est une obligation de faire, différent du fait de conclure le contrat définitif, et se résout en des dommages-intérêts.

Ainsi l'existence d'un contrat de négociation ne garantit pas la conclusion du contrat définitif mais permet seulement d'assurer la loyauté des comportements des négociateurs par rapport au tempérament du principe de liberté au cours des pourparlers, qu'est la bonne foi.

Il est à remarquer que ces accords ne sont pas souvent désignés comme tels par les parties, il reviendra souvent au juge de qualifier les documents en présence et d'en tirer les conséquences éventuelles en ce qui concerne notamment les régimes auxquels ces documents devront être soumis.

Tel est le cas, par exemple, d'une correspondance dans laquelle une banque a accepté de consentir un prêt pour l'achat d'un terrain, qui a ensuite, au vu du dossier du demandeur, refusé d'octroyer le prêt en question. La question qui s'est posée à la cour de cassation française portait alors sur la sanction de la violation d'un accord de principe.

L'obligation à la charge des parties est en l'espèce de négocier de bonne foi comme le souligne la cour d'appel d'Aix-en-Provence dans son arrêt du 13 janvier 2000 et ceci a été conforté par la cour de cassation.<sup>148</sup>

Celle-ci a effectivement noté, en l'espèce, que la lettre en question ne constituait qu'un accord de principe obligeant seulement la banque à poursuivre de bonne foi les négociations entreprises avec la SCI, bonne foi qui n'était vraisemblablement pas remise en cause parce que la banque avait déjà au départ assorti cet accord de conditions auxquelles elle avait subordonné l'octroi du prêt et c'est sur le fondement de l'examen de

---

148 Cass. Com. 2/07/2002, RTDCiv 2003, note J. MESTRE.

## Le champ précontractuel

la réunion ou non de ces conditions que la banque a fondé sa décision de ne pas octroyer le prêt en question.

Ainsi, en l'espèce, il y avait bien accord de principe, la mauvaise foi du banquier était cependant écartée pour les motifs évoqués ci-dessus.

Il faut signaler que l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription a prévu l'accord de principe en ces termes, ce qui présentera l'avantage de lui donner un cadre juridique plus précis qu'auparavant: « *Les parties peuvent, par un accord de principe, s'engager à négocier ultérieurement un contrat dont les éléments sont à déterminer, et à concourir de bonne foi à leur détermination.* »<sup>149</sup>

« *Le régime des accords destinés à aménager le déroulement ou la rupture des pourparlers, est soumis aux dispositions du présent sous-titre.* »<sup>150</sup>

De plus, il en définit le régime, qui est, d'après l'alinéa ci-dessus le même que celui qui s'applique aux pourparlers<sup>151</sup> tenant essentiellement au respect des exigences de la bonne foi, ce qui laissera une large faculté d'appréciation au juge.

Bref, puisque la question de la correspondance entre les parties éventuelles, intervenant dans le champ précontractuel a été évoquée, qu'en est-il alors de la classe à laquelle celle-ci peut en général être attachée ?

## **2- Les documents techniques**

Mis à part les accords préparatoires destinés à encadrer les négociations et à préparer le contrat, il arrive aussi souvent que des documents variés d'un autre type, dont le point commun qui les différencie d'ailleurs desdits « accords préparatoires » est qu'ils

---

149 art. 1104-1

150 art. 1104-2

151 art. 1104 alinéa 1 de l'avant-projet CATALA : L'initiative, le déroulement et la rupture des pourparlers sont libres, mais ils doivent satisfaire aux exigences de la bonne foi. 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.

### Le champ précontractuel

ne sont justement pas des accords, circulent entre les parties au cours des négociation lors de la période précontractuelle.

Pour l'essentiel, cette catégorie comprend la correspondance des parties et les documents techniques proprement dits.

En général, la correspondance existant entre les parties constitue la majeure partie des documents échangés entre les contractants éventuels et il arrive donc souvent que ce soit au juge de qualifier ces dernières. La valeur juridique de telles lettres est souvent relative et dépend, généralement de leur contenu.

En effet, celle-ci est tributaire des diverses tournures de phrases et des expressions employées par leur auteur et également du corps de ce document. Pour distinguer une promesse de contrat, par exemple d'un accord de principe, l'élément décisif pour la qualification est le degré de précision des termes de la lettre par rapport aux éléments du contrat définitif éventuel considérés comme essentiels.

Il est aussi nécessaire de remarquer que la correspondance échangée entre les parties peut faciliter la preuve d'un manquement à l'obligation de négocier de bonne foi que le juge pourra tirer de la rédaction de ces écrits. Les éventuelles parties auront donc tout intérêt à y être attentives.

Au demeurant, le mode d'expression de sa volonté par l'auteur de la lettre n'est pas non plus négligeable : la jurisprudence tient compte de l'expression ferme ou pas de la volonté du signataire d'une lettre.

Par exemple, la combinaison de l'expression « avoir l'intention de s'engager » et une description détaillée de ces engagements précités dans le corps d'une même lettre est considérée comme voulant signifier « prendre véritablement l'engagement » et la lettre en question se verra probablement être considérée comme constituer en fait une promesse de contrat ou un accord de principe.

Dans de tels cas celles-ci constituent donc soit des avant-contrats, soit des



### Le champ précontractuel

accords préparatoires. Dans le cas contraire, ces lettres en question feront donc partie intégrante de la présente catégorie de documents précontractuels.

Parallèlement à cette correspondance, les éventuels contractants échangent par ailleurs des documents plus techniques.

D'une manière générale, les parties éventuelles y ont recours pour s'éclairer l'une et l'autre quant au contenu et à l'étendue de leurs engagements respectifs.

Du fait de leur caractère technique et donc spécifique, ces documents peuvent en outre se présenter sous des formes aussi diverses les unes que les autres, cela dépendra du domaine dans lequel l'éventuel contrat aura à être exécuté.

Il est possible, à titre d'exemple de citer les différents rapports. Autant le contrat projeté sera spécialisé ou coûteux, autant les documents précités seront nombreux. Le cadre de la simple information, dans ces cas, semble ne plus suffire, il est nécessaire qu'elle soit spécialisée compte tenu de l'importance des enjeux contenus dans les contrats en question.

Ces rapports visent essentiellement à éclairer les parties sur les perspectives du contrat projeté.

Tel est notamment le cas des études préliminaires et de toutes les sortes d'expertises préalables qui peuvent par exemple comprendre des études de marchés ayant pour finalité de renseigner l'éventuel cocontractant de la viabilité du projet qui sera réalisé lors de l'exécution du contrat éventuel. Il est aussi possible de citer à titre d'exemple des documents techniques inhérents au domaine qui concernera l'éventuel contrat par exemple des rapports d'études d'impacts environnementaux, dans certains contrats.

D'une manière plus précise, il est au demeurant également possible que les documents techniques échangés lors de la phase précontractuelle soient destinés à donner aux éventuelles parties une idée un peu plus concrète quant à leurs éventuelles obligations

### Le champ précontractuel

contractuelles respectives. Tel est le cas des devis destinés à informer celles-ci du coût occasionné par le contrat projeté.

Les documents peuvent également porter sur la personne même du contractant éventuel, par rapport à sa solvabilité par exemple.

Par ailleurs, des documents peuvent être utilisés par une partie éventuelle à titre de complément ou d'appui, selon le cas, de la proposition que celle-ci formule à l'encontre de son éventuel cocontractant, au cours des pourparlers. Tel est, par exemple, le cas des brochures ou des plans.

Ces types de documents n'ont cependant pas en eux-mêmes une valeur juridique propre. Néanmoins, dans le domaine de l'interprétation des contrats, la cour de cassation française semble de plus en plus admettre ce type de « preuve ».

Il est possible, de citer, à titre d'illustration, le cas de plans.

La troisième chambre civile de la cour de cassation française s'y est par exemple référée pour déterminer le caractère essentiel et déterminant d'un élément qui n'a pas été précisément mentionné dans le contrat. En l'espèce, des époux ayant acheté une parcelle de terrain à bâtir ont soutenu que la situation dudit terrain en bordure d'un espace vert faisait partie intégrante des éléments essentiels qui les ont amenés à conclure la vente. Or il s'est avéré une fois la vente conclue que les espaces verts en question ; qui figuraient sur un plan, document précontractuel, communiqué aux époux avant la conclusion du contrat; avaient disparu.

Les époux acquéreurs assignent leur cocontractant en dommages-intérêts. Les juges du fond leur donnent gain de cause. La cour d'appel ayant eu à l'occasion à interpréter les termes « espaces verts » figurant dans le contrat, retient effectivement que cet élément est déterminant du consentement des acquéreurs précités. Le vendeur se pourvoit alors en cassation et reproche aux juges du fond d'avoir pris en compte le plan en question.

## Le champ précontractuel

La cour de cassation rejette le pourvoi en motivant sa décision selon ces termes : « ayant relevé que la bande de terrain litigieuse avait été représentée et mentionnée comme espace vert sur le plan de commercialisation et le plan de masse du lotissement qui avait été remis aux époux G., lesquels avaient pris en considération l'environnement immédiat pour se déterminer » ; « la cour d'appel a pu retenir que » ce faisant, le vendeur « avait souscrit un engagement et qu'il ne l'avait pas respecté ».<sup>152</sup>

Par ailleurs, il semble que les documents publicitaires émanant d'une partie, ne peuvent acquérir une dimension dans l'interprétation du contrat que si l'autre rapporte la preuve que ces documents ont été déterminants de son consentement.

Bref, en ce qui concerne les documents précontractuels, comme il a déjà été souligné, il est quasiment impossible de dresser une liste exhaustive : dans tout les cas, ils peuvent aller de la simple lettre à un accord.

Généralement, cette base de documentation s'épaissit au fur et à mesure que les parties éventuelles s'approchent d'un accord de volontés, notamment soit que des informations nouvelles ont été apportées aux parties, soit que certaines données ont changé, soit aussi tout simplement que certains éléments ont été réévalués.

Qu'en est-il des sources de ces documents ?

### **Paragraphe 2: Source**

#### **A/ La volonté des parties**

Les documents précontractuels interviennent dans le champ précontractuel, pendant la période des négociations. Or justement ces dernières se déroulent sous l'égide du principe de la liberté. Ce dernier suppose notamment que les éventuelles parties au contrat projeté seront par conséquent libres de choisir les formes qu'elles entendent donner à leurs négociations, d'où d'ailleurs l'émergence de beaucoup d'avant-contrats qui sont nés de la pratique.

---

<sup>152</sup> Cass. 1ère Civ., 17/07/97, RTDCiv 1998, 365, note J. MESTRE.

## Le champ précontractuel

Actuellement, dans la plupart des contrats, la conclusion de ces derniers est en outre précédée de négociations qui durent plus ou moins longtemps en fonction du contrat en question. Dans de tels cas la formation des contrats est toujours l'aboutissement de pourparlers. Cela signifie donc que tous ces contrats doivent d'abord passer par des pourparlers. Par contre, des accords préparatoires, par exemple, ne seront pas nécessairement rencontrés dans le champ précontractuel, entendu par rapport à ces contrats en question.

En effet, si les pourparlers, plus ou moins longs, vont automatiquement de pair avec les « contrats de l'époque contemporaine », il en va différemment des accords préparatoires.

Les parties, puisqu'elles peuvent, en principe, librement négocier, elles auront effectivement à plus forte raison la liberté de choisir le « support » qu'elles souhaitent donner à leurs pourparlers ou le cadre dans lequel elles souhaitent placer leurs négociations.

Par conséquent, si de tels documents précontractuels existent, c'est d'abord et uniquement parce que les parties ont voulu qu'il en soit ainsi. En effet, le recours à de telles formes au cours des pourparlers n'est pas une imposition mais un choix des principaux concernés, en l'occurrence les éventuels contractants.

D'une manière générale, le fait de choisir de conclure un accord pour s'assurer de négocier de bonne foi plutôt que de se contenter de discussions sans penser à les aménager, ou le fait de choisir de communiquer par lettres plutôt que de discuter du contrat de vive voix ou de combiner les deux, relèvent uniquement, il faut le reconnaître, de la volonté des parties.

Par ailleurs, les justifications de ces choix résident essentiellement dans des considérations d'ordre pratique notamment quand la négociation se réalise par des accords point par point dans le cas de la « punctuation ». Il est possible de déterminer quelques-unes de ces justifications.

Tout d'abord, les parties éventuelles pour se retrouver dans les discussions ayant cours à l'occasion des pourparlers ; qui durent, d'autant plus, relativement longtemps; préfèrent préciser par écrit le contenu de l'évolution progressive des négociations.

En effet, contractualiser les points déjà acquis, peuvent représenter pour les contractants éventuels, une manière pratique de simplifier la discussion, dans la mesure où ces accords leur éviteront de revenir sur les points en question et que les décisions concernées auront plus de chances d'être respectées, par opposition à celles prises verbalement.

Ce faisant, ils baliseront alors en quelque sorte chaque étape par écrit, les dits accords garantiront et rappelleront aux « négociateurs » qu'un accord a déjà été trouvé sur tel ou tel aspect précis. Parfois, surtout lorsqu'il s'agit de contrats de grande envergure, les éventuels cocontractants rédigent également des procès verbaux de leurs réunions de négociations.

Conclure des accords préparatoires est ensuite susceptible de s'imposer à l'esprit des parties éventuelles pour s'assurer la bonne foi du futur cocontractant et surtout pour se prémunir de ses éventuels abus. Dans ce cas, les parties considèrent que la présence de tels accords vaut mieux que pas d'accord du tout durant la période des pourparlers.

En effet, cela aura l'utilité pratique de déplacer tout conflit ultérieur éventuel sur le terrain de la responsabilité contractuelle, plus aisée à mettre en œuvre, le demandeur n'aura alors qu'à prouver l'inexécution au lieu de la faute, puis le préjudice et enfin le lien de causalité entre ces derniers.

Il est en outre courant que les parties éventuelles décident d'aménager leurs rapports durant la phase précontractuelle, celle-ci étant la scène aussi bien d'échanges d'informations importantes que d'engagement de frais tout aussi considérables.

### Le champ précontractuel

Ainsi il est par exemple courant que les parties concluent un accord de confidentialité, en ce qui concerne les informations précitées surtout quant les renseignements en question relèvent de la propriété industrielle. Un tel accord impose au cocontractant éventuel de se garder de divulguer des informations souvent capitales communiquées et échangées au cours des pourparlers.

Il se peut également que les parties s'entendent quant à des clauses relatives à la question de départager leurs participations respectives quant aux frais occasionnés par les pourparlers, notamment en ce qui concerne le recours à des experts ou la conduite d'études particulières.

La présence de documents précontractuels se justifie enfin tout simplement du fait de la volonté des parties de s'échanger des informations, même si celle-ci est quelque part dictée par l'existence de l'obligation précontractuelle de renseignement.

En effet, pour qu'un contrat soit réussi, ceci est d'autant plus important dans des contrats dont l'enjeu est d'une importance particulière, il est indispensable que l'échange d'information soit complet, pertinent et réciproque.

De plus, pour les parties éventuelles notamment pour le professionnel, la volonté de conserver des traces écrites découlerait aussi quelque part de leur conscience que le fait de dissimuler de l'information, serait en quelque sorte « la meilleure façon de s'attirer des difficultés et de générer des litiges ». Ce « réflexe » procèderait non seulement des dispositions légales en ce qui concerne l'obligation précontractuelle d'information, mais aussi tout simplement de la prudence, d'où le recours à l'élaboration et l'utilisation de documents précontractuels.

Néanmoins, dans certains cas la source des documents précontractuels n'est pas toujours la volonté des parties mais l'existence d'un formalisme informatif.

#### **B/ Un éventuel formalisme informatif imposé aux parties**

Si, en général, l'obligation précontractuelle d'information consiste en ce qui a

### Le champ précontractuel

été évoqué lors de développements antérieurs,<sup>153</sup> il est possible que son contenu présente certaines « variations » notamment en ce qui concerne les contrats au sujet desquels cette obligation a été légalement prévue.

En effet, le droit de la consommation, notamment, semble être le domaine de prédilection du formalisme informatif.

Ce dernier consiste dans le fait, par le législateur, d'imposer-en ce qui concerne le champ précontractuel- des conditions de forme rigoureuses quant à l'exécution d'une obligation précontractuelle d'information, expressément prévue par la loi, par le débiteur de celle-ci.

Cette exigence se traduit souvent, dans la plupart des cas par l'obligation pour le débiteur de communiquer les informations en question sous forme de documents à remettre à son éventuel cocontractant, qui est en l'occurrence le consommateur.

Par ailleurs, un simple document ne suffirait aucunement, les documents informatifs précités se doivent de comporter différentes mentions obligatoires les unes tout autant que les autres.

Les documents en question sont alors destinés à fournir, d'une part, des informations à la partie éventuelle, créancière de l'obligation précontractuelle d'information. La finalité du formalisme informatif semble dénoter un souci de protection du consommateur, et de préservation de sa « véritable liberté »<sup>154</sup> qui, dit-on, d'après un courant doctrinal solidariste, est compromise par l'existence d'une inégalité de fait parfois effectivement vérifiée entre les deux éventuels contractants.

D'autre part, ceux-ci ont également pour finalité de remettre un document qui informerait la partie éventuelle en question, d'une manière optimale, en raison des maints détails souvent expressément énumérés que celui-ci doit impérativement contenir.

---

153 Cf supra, Chapitre 2, section I.

154 D. MAZEAUD, les vices de la protection du consentement du consommateur, D.2002, jurisprudence 71.

## Le champ précontractuel

En outre, le formalisme informatif traduit le souci du législateur à communiquer des informations facilement accessibles à la partie éventuelle considérée comme étant « la plus faible des deux ».

En effet, l'utilité de l'existence d'un document, réside également dans le fait que la partie éventuelle; que les dispositions légales entendent protéger ; aura à loisir la possibilité d'en refaire la lecture.

Ainsi ce formalisme informatif impose à un des éventuels contractants de respecter des formes prescrites par la loi avant de communiquer sous cette forme, qui est souvent l'écrit, les informations en question à celui qui envisage de conclure un contrat avec lui.

Ceci explique donc la présence de documents informatifs dans le champ précontractuel, sous l'impulsion du législateur par le biais dudit « formalisme informatif ». Un auteur parle de « *transparence forcée par le droit* ». <sup>155</sup>

Les exemples foisonnent, à l'image des articles de loi prévoyant une obligation précontractuelle d'information, en ce qui concerne notamment divers contrats spécifiques. Il est possible de citer à titre d'exemple le contrat de vente de biens et fourniture de prestations de services à distance portant sur des services financiers, contrat de vente ou de prestation de services, sous forme électronique.

Dans le premier exemple, d'une part, le fournisseur devra faire parvenir un certain nombre de documents précontractuels au sujet notamment de sa propre personne, <sup>156</sup> des conditions de l'offre de contracter en question, <sup>157</sup> et en particulier des documents particuliers d'information concernant chacun des produits ou des services proposés... <sup>158</sup>

---

155 J CARBONNIER in Propos introductifs « La transparence » -RJCom 1993, numéro spécial.

156 art. L 121-20-10 alinéa 1, Code de la consommation (français).

157 art. L 121-20-10 alinéa 3, Code de la consommation (français).

158 art. L 121-20-10 alinéa 2, Code de la consommation (français).



## Le champ précontractuel

En ce qui concerne, d'autre part, les contrats sous forme électronique, l'obligation précontractuelle d'information se traduit par l'obligation d'insérer des informations détaillées obligatoires dans l'offre<sup>159</sup>. Cela semble fidèle à l'esprit du droit de la consommation qui intervient justement pour la protection du consommateur.

L'on comprend aisément que le but de l'exigence du caractère détaillé des informations fournies a été en outre mise en place dans un souci de présenter au consommateur toutes les facettes du produit en question pour compenser le fait que celui-ci ne peut pas les constater de par lui-même de visu comme il en aurait été le cas « classiquement », les parties éventuelles au contrat n'étant pas l'une et l'autre en présence.

En effet celui-ci est sur le point d'acquiescer un bien qu'il ne peut appréhender que par des images, son consentement doit pourtant être éclairé et il semble que c'est pour éviter au professionnel de profiter de la situation d'éloignement physique qu'une telle disposition a été insérée. Au-delà de ce point de vue pratique, il y a lieu de remarquer que le développement du formalisme informatif semble être une manifestation accrue de l'application de la notion de bonne foi. En effet, celui-ci est en quelque sorte une forme de coopération imposée entre les parties.

Il est en outre utile de remarquer que le formalisme informatif précité présente un aspect négatif en ce qui concerne les conséquences d'une trop lourde exigence de transparence, dans la mesure où la trop grande quantité de l'information que le cocontractant a à sa disposition altère l'effet qu'aurait dû avoir sa qualité.

En effet, si l'information consiste en plusieurs pages de remarques et descriptions sur le produit ou le service en question, si l'on reprend le cas des contrats de consommation, force est de reconnaître qu'elle se réduirait à une sorte de notice pour la

---

159 Code Civil français art. 1369-4 alinéa 2 « l'offre comprend en outre :

- 1° les différentes étapes à suivre pour conclure le contrat par voie électronique ;
- 2° Les moyens techniques permettant à l'utilisateur, avant la conclusion du contrat, d'identifier les erreurs commises dans la saisie des données et de les corriger ;
- 3° Les langues proposées pour la conclusion du contrat ;
- 4° En cas d'archivage du contrat, les modalités de cet archivage par l'auteur de l'offre et les conditions d'accès au contrat archivé ;
- 5° Les moyens de consulter par voie électronique les règles professionnelles et commerciales auxquelles l'auteur de l'offre entend le cas échéant, se soumettre.

## Le champ précontractuel

majorité des consommateurs, qui, rien qu'à la vue des documents serait plus enclin qu'autre chose à ne pas les lire.

Donc, il serait à craindre que plus le nombre de mentions devant figurer sur des documents à titre d'information sera élevé, plus celles-ci auront la probabilité de ne pas remplir leur fonction initiale ; qui, il est utile de le rappeler, était de faire en sorte que le cocontractant, en l'occurrence le consommateur, contracte en connaissance de cause par le biais de toutes les informations qui doivent lui être procurées. Les informations embrumeraient alors plus le consentement qu'elles ne l'éclaireraient.

Et, à supposer que le consommateur lit les documents en question, sera-t-il alors possible de considérer que son consentement sera éclairé ? Rien n'est moins sûr, en effet encore faudrait-il qu'il en saisisse le sens, ce qui laisse parfois perplexe puisque souvent de tels documents contiennent nombre de jargons techniques.

Dans tous les cas, il importe de se demander quelle est la possible collaboration entre ces documents et le juge en ce qui concerne l'interprétation des contrats.

### **Sous section 2: Documents précontractuels et interprétation du contrat**

La question de la valeur interprétative des documents précontractuels soulève la prise en compte de deux exigences et est tributaire de l'existence de certaines conditions d'efficacité.

Aussi, examinerons-nous dans un premier temps ces exigences à prendre en compte (§1) et dans un second temps les conditions d'efficacité (§2).

#### **Paragraphe 1 : Exigences à prendre en compte**

Comme lors de toute interprétation d'un contrat, le juge aura à prendre en compte deux principales exigences. D'une part, il devra prendre en considération la force obligatoire du contrat tout en recherchant la volonté réelle des parties. Il convient alors d'examiner successivement ces deux exigences.

## **A/ La force obligatoire du contrat**

Le principe de la force obligatoire des contrats suppose qu'une fois le contrat conclu, les parties n'ont plus la possibilité de se soustraire à leurs engagements contractuels à moins qu'elles ne s'accordent à nouveau sur ce point.

De plus il signifie également que les parties doivent uniquement se référer aux termes du contrat lors de l'exécution de celui-ci. D'ailleurs, selon l'article 1134 du code civil français, « *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi (...)* ».

L'article 123 de la loi sur la théorie générale des obligations la consacre par ailleurs en ces termes : « *Le contrat légalement formé s'impose aux parties au même titre que la loi. Elles doivent l'exécuter de bonne foi, dans le sens qu'elles ont entendu lui donner. Elles ne peuvent le révoquer ou le modifier que de leur consentement mutuel ou pour les causes que la loi autorise.* »

En effet, dans la mesure où les parties ont été libres et de conclure le contrat et d'en discuter puis d'en déterminer le contenu, celui-ci est considéré comme étant nécessairement « juste ». Les parties en question sont donc tenues par rapport aux clauses du contrat qu'elles ont elles-même voulu. La force obligatoire de ce dernier est donc implacable. C'est l'école de l'autonomie de la volonté, dont le code civil est totalement imprégné, qui est en fait reprise ici.

La force obligatoire représente en outre le garant de la sécurité des transactions, dans la mesure où l'une des parties ne peut ni se soustraire à ses engagements prévus dans le contrat, ni modifier unilatéralement ses obligations contractuelles.

Toutefois, l'on pourrait penser que si les parties ne peuvent pas modifier le contrat mais doivent s'en tenir à ce qu'elles y avaient prévu, un tiers, notamment le juge a fortiori, à première vue, ne devrait également s'en tenir qu'au contenu du contrat quant il aura à connaître d'un litige se rapportant au contrat précité. Cela serait aussi valable, à première vue, dans le cas où ce dernier aura à interpréter le contrat.

## Le champ précontractuel

C'est du moins le point de vue adopté par certains droits étrangers notamment le droit allemand. Ainsi, il ne faut se référer, lors de l'interprétation d'un contrat qu'à ce qui est inscrit sur celui-ci. En d'autres termes, seule la lettre du contrat est à prendre en compte aussi bien à l'occasion de l'exécution de celui-ci qu'à l'occasion de son éventuelle interprétation.

Pour ce qui nous intéresse, à savoir les documents précontractuels, cela impliquerait donc, que le juge, dans la mesure où il devra se cantonner uniquement au contrat, n'aura en aucun cas la possibilité d'utiliser les documents en question à des fins d'interprétation.

Le droit positif tant français que national ne va pas du tout dans ce sens et adopte même une vision diamétralement opposée.

Si le principe de la force obligatoire des contrats suppose entre autres que le contrat s'impose aux parties au même titre que la loi, cela est rigoureusement appliqué quant il s'agit de l'exécution des contrats. Ainsi, la jurisprudence est en principe réticente à créer des obligations, autres que celles prévues dans le contrat, à la charge des parties.

Néanmoins, il est nécessaire de rappeler que ce principe de la force obligatoire du contrat procède de celui de l'autonomie de la volonté et de celui du consensualisme. Par conséquent, dans une éventualité d'interprétation d'un contrat, le juge devra essayer de sonder ce que les parties ont entendu réellement exprimer quand elles avaient formulé les clauses à interpréter pour assurer justement l'efficacité de ces stipulations.

Ainsi, loin de se contenter uniquement des termes du contrat, le juge va plutôt rechercher la volonté réelle des parties.

### **B/ La recherche de la volonté réelle des parties**

Il se peut que les clauses d'un contrat soient soumises au juge afin que celui-ci les interprète. Pour ce faire, le juge concerné se doit de rechercher ce que le contractant a voulu dire, donc remonter au moment de son élaboration. Les termes du contrat ne

### Le champ précontractuel

représentent quelque part que l'expression de la véritable volonté qui est la seule en prendre en compte étant donné la théorie de l'autonomie de la volonté sur laquelle repose le droit des contrats.

En effet, seule la volonté oblige et les parties sont tenues mais uniquement dans la limite à laquelle elles ont consenti et qu'elles ont voulue.

Au demeurant, selon le principe du consensualisme, le consentement à lui seul est suffisant pour que le contrat soit formé, la forme importe peu, et l'existence du contrat ne dépend d'aucune condition de forme particulière, notamment de la rédaction d'un écrit. Par ailleurs, et ceci découle du même principe, la volonté réelle suffit en principe à obliger.

Donc, dans le cas où la volonté exprimée dans le contrat n'est pas bien déterminée, le véritable sens que les parties ont entendu donner à la clause en cause aura à être recherché dans la volonté interne de la partie en question.

Ainsi, en recherchant le sens d'une clause contenant une obligation que le cocontractant doit exécuter, le juge du fond doit faire référence à la volonté interne de celui-ci, dans la mesure où il se doit de rechercher de quoi ce dernier a exactement voulu être tenu.

En effet, cette volonté est celle qui est apparue en premier, c'est cette volonté interne qui a ensuite été déclarée dans le contrat. La volonté interne précède celle déclarée, et qui plus est, le consentement seul étant nécessaire et suffisant pour former le contrat, la conséquence s'inscrit en toute logique : le juge base donc son approche sur celui dont la volonté a émané plutôt que sur un support matériel de cette volonté.

Celui-ci fera notamment référence aux agissements des parties avant la formation du contrat et même postérieurement à sa conclusion, ou parfois à des documents échangés au cours des pourparlers pour rechercher ce que les parties ont vraiment voulu dire, donc leur volonté réelle au-delà de celle qui est exprimée.

### Le champ précontractuel

En effet, il est nécessaire de préciser qu'une fois le contrat final conclu, tous les documents qui se rapportent aux points essentiels du contrat et qui ont été rédigés pendant les pourparlers, puisqu'ils ont d'une part en quelque sorte rempli leurs fonctions, et que d'autre part, seul le contrat définitif lie dorénavant les parties, deviennent caducs.

Cependant, en cas de litige par exemple, il semble que ces documents peuvent aider à l'interprétation du contrat final, puisqu'ils représentent entre autres des brouillons de l'accord final, pour reprendre les termes d'un auteur à propos de l'interprétation : « *le juge, pour résoudre ces questions, devra remonter à la genèse de l'accord, en étudier les premiers brouillons* »<sup>160</sup>

En effet, pour reprendre le cas de la clause renfermant une obligation des contractants, il est par exemple possible que des documents précontractuels puissent éclairer le juge quant à l'étendue des obligations respectives des parties.

Tel a été le cas dans un arrêt de la chambre commerciale de la cour de cassation française rendu le 08 décembre 1987 qui a reconnu la détermination par les juges du fond de l'étendue de l'engagement d'une caution à la lumière de « correspondances précontractuelles. »

En l'espèce, un employé en qualité de cadre d'une société (Stimat), et son épouse, ont conclu une convention d'aval en vue de garantir la Compagnie générale de caution pour ce qui concernait les " crédits d'enlèvement " de la société Stimat auprès de l'administration des Douanes de Marseille. Après la liquidation des biens de la société précitée, la Compagnie générale de caution a assigné les époux en paiement de la totalité des sommes qui lui étaient dues par cette société.

Les époux ont contesté cette somme et soutenu que l'aval par eux consenti était limité à somme de 250 000 francs, montant de l'augmentation des " crédits d'enlèvement " de la société Stimat auprès de la Recette des douanes de Marseille. Ils obtiennent gain de cause et leur cocontractant, en formant un pourvoi en cassation, reproche à la cour d'appel d'avoir procédé à une interprétation de la volonté commune des parties à l'aide entre autres de correspondance intervenue au cours des pourparlers.

---

160 J.CARBONNIER, droit civil t 4, les obligations, 20<sup>ème</sup> édition mise à jour, ed. PUF

La cour de cassation rejette le pourvoi et relève que « *la cour d'appel a recherché quelle avait été la commune intention des parties contractantes plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes de la convention* »; et que « *dans cette recherche, qui ne lui était pas interdite par l'effet relatif des contrats,* » elle a pu déterminer, au moyen des correspondances et de contrats extérieurs, le montant de la somme litigieuse.<sup>161</sup>

Dans la pratique, le juge qui devra donc dépasser la lettre du contrat pour l'interpréter, aux termes de l'article 1156 du Code civil français, recherchera la « commune intention des parties »<sup>162</sup>. Le document précontractuel peut encore se révéler être d'une grande utilité dans un tel cas, comme l'illustre cet autre arrêt de la première chambre civile de la cour de cassation française rendu le 18 Février 1986.<sup>163</sup>

En l'espèce, un éditeur, « La Pensée Universelle », a fait une proposition à un auteur dans une lettre qu'il lui a adressée. Il s'est engagé à mettre en oeuvre divers procédés de publicité en faveur d'une oeuvre littéraire et a précisé qu'en cas d'accord de l'auteur il lui adresserait le contrat correspondant. Mais ce contrat, bien que l'auteur ait accepté la proposition, n'a pas repris certains des engagements figurant dans la proposition, lesquels n'ont par la suite reçu aucune exécution de la part de l'éditeur. Puisque le livre s'est mal vendu, l'auteur s'est prévalu de cette abstention et a assigné son cocontractant en paiement de dommages-intérêts.

Les juges du fond lui ont partiellement donné gain de cause et décident que l'éditeur était tenu par les termes de sa proposition initiale et le condamne à payer des dommages-intérêts à l'auteur, eu égard à l'ambiguïté née du rapprochement des écrits intervenus et après avoir recherché l'intention des parties.

L'éditeur qui se pourvoit en cassation, conteste le recours à la lettre contenant ladite proposition et y voit une dénaturation. La cour de cassation rejette le pourvoi au motif que « *dès lors, eu égard à l'ambiguïté née du rapprochement de ces écrits avec celui qui a été signé les 4 et 6 juin 1977, la cour d'appel qui a recherché quelle était la*

---

<sup>161</sup> Cass. Com. 8/12/87, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)

<sup>162</sup> « On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes. »

<sup>163</sup> Cass. 1ère civ 18 février 1986, [www.legifrance.fr](http://www.legifrance.fr)

## Le champ précontractuel

*commune intention des parties, a procédé à une interprétation exclusive de toute dénaturation en raison de sa nécessité ».*

Bref, les documents précontractuels qu'ils soient de véritables accords ou de simples documents, de par leur contenu et de par leur quantité, peuvent à l'occasion se révéler être d'importance non négligeable lors de l'interprétation d'un contrat.

En effet l'ensemble de ces écrits constituera en quelque sorte la mémoire et l'historique de la période qui a mené à la conclusion du contrat définitif. Cet ensemble représente donc une sorte de bibliothèque à la disposition de quiconque souhaitant opérer une consultation future, notamment le juge.

Mais cela suffit-il pour que ces documents jouent pleinement un rôle, dont celui d'aider le juge à interpréter le contrat ?

### **Paragraphe 2: Conditions d'efficacité**

Dans le but d'assurer une efficacité maximale aux documents précontractuels en ce qui concerne leur éventuel rôle dans l'interprétation du contrat définitif certaines conditions doivent être respectées.

Il est possible d'en dénombrer deux types : celles tenant aux parties qui seront examinées en premier lieu, et celles tenant à l'appréciation souveraine des juge du fond lesquelles seront abordées en second lieu.

#### **A/ Conditions tenant aux parties**

Pour que les documents précontractuels puissent être valablement utilisés à titre de référence lors de l'interprétation du contrat définitif, il est nécessaire que les parties prévoient d'y faire référence ou, le cas échéant, qu'elles ne prévoient pas des clauses qui interdiraient au juge de s'y référer.

D'une part, pour que les documents précontractuels aient vocation à être



### Le champ précontractuel

« appelés à la rescousse » pour déterminer la volonté réelle des parties, il faut que les parties aient prévu dans leur contrat définitif une clause qui le prévoirait.

Puisque le contrat est en effet considéré comme étant la chose des parties, il est logique qu'il appartienne à ces dernières de fixer les contours de leur accord et de déterminer si elles comptent intégrer les documents précontractuels en marge de leur contrat pour que ces derniers puissent éclairer le juge quant à leur commune intention si besoin est.

Dans la pratique, les parties peuvent par exemple expressément inscrire dans un préambule de leur contrat que les documents précontractuels pourront être consultés en cas d'obscurité d'une clause du contrat.

En outre, une telle condition s'explique par le fait que seul le contrat définitif est présumé contenir la totalité des engagements consentis par les parties à l'exclusion de tout autre document.

Si les parties ne prévoient donc pas comme il a été évoqué ci-dessus, une clause du contrat ou une indication incluse dans ledit préambule du contrat, sur la « valeur interprétative » des documents précontractuels en question, ils risqueront tout simplement d'être écartés.

Il faut néanmoins reconnaître, d'autre part, que ce risque semble être moindre dans un tel cas, à plus forte raison si les parties n'ont prévu aucune clause visant cette fois-ci expressément à écarter la référence à ces documents précontractuels : c'est l'autre condition tenant à la volonté des parties pour que les documents précités aient la possibilité de jouer pleinement leur « rôle interprétatif ».

En premier lieu, l'absence de clauses qui excluent expressément la référence à des documents précontractuels leur permettra d'être exploités par le juge lors d'une éventuelle interprétation.

Cela signifie que le contrat ne comporte pas de clause de ce type : « Pour l'interprétation du présent contrat, il ne pourra être fait référence aux documents établis au

## Le champ précontractuel

cours de la période de la négociation. »<sup>164</sup>

Dans un tel cas, les parties ont donc surpassé la crainte souvent courante que des obligations antérieures mais extérieures au champ contractuel ne viennent s'ajouter au contrat.

En effet, les parties, en ayant recours à de telles clauses, veulent assurer leur sécurité juridique en prévoyant de n'accorder de force contractuelle qu'au contenu du contrat définitif en question, celui présentant l'avantage d'être plus récent et surtout plus concis que la somme de tout le contenu des documents échangés en vue de la préparation.

Par conséquent, si le contrat venait à comporter une telle clause dans laquelle les parties ont utilisé des termes aussi clairs et précis que dans l'exemple précité ci-dessus, force est de reconnaître que le juge, ne pourra pas en principe méconnaître la clause en question.

En effet, si son rôle est d'interpréter le contrat, donc de rechercher la volonté réelle des parties, si la volonté de ces dernières est de ne pas prendre en considération les documents précontractuels, le juge ne pourra donc pas passer outre.

En second lieu, l'absence de clauses moins explicites-en ce sens qu'elles ne font qu'écarter la valeur juridique des documents précontractuels sans prévoir expressément le refus de toute « valeur interprétative »- que les précédentes vont aussi laisser une marge de manœuvre plus ou moins importante au juge quant à l'emploi de ces documents précontractuels pour interpréter, éventuellement, le contrat.

Tel est le cas par exemple de l'absence d'une clause de style souvent introduite dans la plupart des contrats « à longs pourparlers », dite « clause des quatre coins » ou « entire agreement clause ». Les contractants, en ne l'ayant pas prévue, sembleraient donc ne pas être contre une interprétation du contrat avec l'aide de documents qui transcendent les quatre coins du contrat définitif.

---

164 Clause présentée par Y. POULLET, *Le droit des contrats informatiques*, éd. Larcie, 1983, citée par E. RAWACH, la portée des clauses tendant à exclure le rôle des documents précontractuels dans l'interprétation du contrat, D. 2001, 223.

## Le champ précontractuel

Cela reviendrait donc à dire que les termes suivants, formulés d'une manière générale, seront absents du contrat : « *Le présent contrat représente l'intégralité de l'accord et des déclarations exprimées ou implicites entre X et Y, (...) et remplace toutes les communications antérieures, y compris toutes les propositions verbales ou autres* » ; ou « *ces documents précontractuels sont intégralement remplacés par l'accord final* »

Il convient tout de même de remarquer que l'inscription de ces formules dans le contrat définitif ôtera en principe toute valeur juridique ou interprétative des documents.

Les parties expriment en effet par la même que leur volonté toute entière tient dans le contrat qui a été signé. Dans ce cas, le juge ne peut pas consulter les négociations et les lettres échangées. Il doit impérativement s'en tenir au contrat.

Toutefois, à cause notamment du caractère général de la formulation en question, cette affirmation est susceptible de justifier quelques entorses à ce « principe ». Ceci introduit la deuxième classe de conditions d'efficacité des documents précontractuels, en l'occurrence, celles tenant au pouvoir souverain des juges du fond.

### **B/ Conditions tenant à l'appréciation souveraine des juges du fond**

Une précision préliminaire semble s'avérer nécessaire. En effet, il faut rappeler qu'il est unanimement admis que l'interprétation du contrat est de la compétence des juges du fond. En effet, l'interprétation des clauses obscures, par la recherche de la commune intention des parties, doit prendre en considération des faits.

L'interprétation relève de l'appréciation souveraine des juges du fond. Ces derniers lors d'une telle opération, ont la possibilité de choisir entre différents éléments extrinsèques pour chercher à déterminer la volonté réelle des parties concernées. Ainsi, le choix de se référer ou non à des documents échangés entre les parties au cours des pourparlers relève donc non seulement de la libre appréciation des juges mais également de la casuistique.

En ce qui concerne par exemple la clause des quatre coins, celle-ci -en raison de sa formulation en termes plus ou moins généraux- pourrait être interprétée par le juge comme ne refusant seulement aux documents précontractuels que leur force obligatoire mais laissant par contre intacte leur « valeur interprétative ».

Par conséquent, les documents précités pourront retrouver toute leur efficacité quant à l'interprétation du contrat. Ainsi, leur inefficacité en question est donc tributaire de l'appréciation souveraine des juges du fond.

Il semble être possible dans la pratique que le juge, même en présence d'une clause des quatre coins censée écarter les documents précontractuels, passe outre. Tel semble avoir été le cas lorsque la cour d'appel de Paris qui, dans une espèce dont elle a eu à connaître, a interprété un contrat à l'aide de correspondances « précontractuelles » entre les parties. Elle a, semble-t-il « précisé que la clause n'a pas d'effet sur le rôle interprétatif de la correspondance et que l'on doit rechercher quelle a été la commune intention des parties plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes.<sup>165</sup>

Une telle solution est compréhensible dans la mesure où il est possible que le juge n'ait pas d'autres éléments qui lui permettraient de déterminer la volonté réelle des parties. En effet, plutôt que de s'essayer à des exercices de divination quant à ce qu'aurait pu stipuler un individu raisonnable et équitable, après s'être entraîné à définir les mots « raisonnable » et « équitable », le juge préférera tout simplement se référer à un document précontractuel plus sûr de refléter cette volonté en question. De plus la volonté des parties par rapport au recours à de telles clauses est dans ce cas, plus ou moins ambiguë.

Il faut par ailleurs remarquer que l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription prévoit également « *La référence à la raison et à l'équité* » en son article l'article 1139. Ses rédacteurs semblent ainsi être soucieux d'un certain équilibre contractuel.

---

165 CA, Paris 04/03/80, Expertises, n° 17, avril 1980, cité par E. RAWACH, la portée des clauses tendant à exclure le rôle des documents précontractuels dans l'interprétation du contrat, D. 2001, 223.

Cependant, le recours aux notions de « *raison* » et d' « *équité* » suscite des réserves. Il faut effectivement souligner que la notion d' « *équité* » sera soumise à la libre appréciation du juge, la « *raison* » quant à elle, même si elle correspond à une référence pour une technique d'interprétation objective, sera également redéfinie par les juges au cas par cas. Ainsi, l'arbitraire serait à craindre.

Au demeurant, dans l'hypothèse où des clauses excluant expressément le rôle que pourraient jouer les documents précontractuels lors de l'interprétation de clauses obscures ou ambiguës du contrat seraient prévues par les parties, celles-ci ne seraient tout de même pas susceptibles d'être considérées dans les cas où le juge n'aurait pas d'autres moyens à sa disposition alors même que les documents précontractuels retracent la volonté réelle des parties.

La lecture de ces documents permettra effectivement de suivre l'évolution des négociations, de plus qu'ils seront plus détaillés car les parties marchandent en quelque sorte et souvent tous les points du contrat seront minutieusement discutés, la commune intention des parties y transparaîtra donc dans tous les recoins. Ceci explique d'ailleurs le souci des parties à restreindre leurs engagements au contenu strict du contrat.

Toutefois, étant donné la tendance contemporaine du juge à adjoindre de nouvelles obligations à la charge des parties, tel le cas de celle de sécurité et des cas de « forçage » du contrat, il serait à craindre par rapport au respect de la volonté des parties que celui-ci ignore de telles clauses et ferait prévaloir la recherche pourtant nécessaire de la commune intention sur cette volonté des parties.

### **Conclusion finale**

En définitive, il apparaît que le champ précontractuel joue un rôle non négligeable au regard du contrat. D'une part, il est le domaine dans lequel les intentions respectives des éventuels cocontractants s'affermissent et se muent, au gré des négociations, aussi bien encadrées qu'informelles, en une volonté ferme de s'obliger. De ce fait, les négociations sont un facteur de formation du contrat.

L'existence d'une obligation précontractuelle d'information particulièrement accrue à l'égard de son débiteur assortie d'un régime non moins rigoureux et de documents précontractuels -fruit de la volonté des parties ou résultat du respect de prescriptions légales- permet incontestablement de constituer une documentation complète et fournie dont la lecture, en cas de besoin, peut s'avérer être très instructive. Ainsi le champ précontractuel, par la même peut s'avérer être un outil d'une valeur inestimable pour le juge lors de l'interprétation du contrat, si tant est que la volonté des parties le permet.

Il est indéniable que le passage par des négociations devenues quasiment incontournables avant la conclusion du contrat a revêtu la jurisprudence d'un pouvoir créateur essentiel. Elle a dû, élaborer en effet des solutions permettant de répondre aux besoins générés par la pratique et elle a d'ailleurs réussi à doter le champ précontractuel d'un régime que les textes avaient passé sous silence.

Elle a dû rechercher, et continue de le faire, entre autres, l'équilibre entre la liberté, contractuelle s'entend, et la loyauté qui semble d'ailleurs être notamment décelable aussi bien dans la conduite des pourparlers, que dans la justification de sanction, en ce qui concerne la responsabilité dite « précontractuelle ».

Par ailleurs, la consécration progressive d'une obligation précontractuelle d'information outre la finalité protectrice première qui lui a été attribuée aussi bien par celle qui l'a créée, à savoir la jurisprudence, que par celui qu'elle a séduit, en l'occurrence le législateur, a encore renforcé ce souci de faire régner la bonne foi dans la phase précontractuelle. L'évolution de la mise en place du régime juridique du champ précontractuel semble être alors le témoin sinon l'illustration d'une évolution du droit

*Le champ précontractuel*

positif lui-même en ce que le déplacement d'un courant doctrinal vers un autre semble y être décelable.

## BIBLIOGRAPHIE

### 1. OUVRAGES GENERAUX ET SPECIAUX

- J. CARBONNIER, *Droit civil Tome 4- Les Obligations*. 20<sup>ème</sup> édition mise à jour, *Collection Thémis*. Ed. PUF.
- P. DELEBECQUE et F.-J. PANSIER, *Droit des obligations- Responsabilité civile- contrat*, 2<sup>ème</sup> édition corrigée. Ed. LITEC.
- J. FLOUR et J.-L.AUBERT, *Les obligations, vol.1, l'acte juridique*, Armand Colin.
- J. GHESTIN, *Traité de droit civil II, Le contrat* Ed. LGDJ.
- J. LACOMBE, *Théorie générale des obligations en droit malgache*. Ed. CUJAS. 1967.
- G. MARTY et P. RAYNAUD, *Les obligations – Droit civil, Tome II*, 1<sup>er</sup> volume. Ed. SIREY.
- S. RANDRIANAHINORO, *Droit des obligations*. Ed. CMPL. 1984
- B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Obligation- 2. Contrat*, 5<sup>ème</sup> édition. Ed. LITEC.
- F. TERRE, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil – Les obligations*, 7<sup>ème</sup> édition. Ed. Dalloz.



## 2. THESES ET MEMOIRES

- E. SAVAUX, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*. Ed. LGDJ.1997
- J.-C.SERNA, *Le refus de contracter*, Paris, LGDJ 1967.

## 3. ARTICLES, NOTES ET COMMENTAIRES

- L. AYNES, *Vers une déontologie du contrat ?*, Conférence 2006, cour de cassation, [www.courdecassation.fr](http://www.courdecassation.fr).
- J. BETOULLE, *L'aspect délictuel du dol dans la formation des contrats*, 26<sup>ème</sup> rapport annuel de la cour de cassation 2001. [www.courdecassation.fr](http://www.courdecassation.fr).
- J. CALAIS-AULOY, *L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats*, RTDCiv. 1994, p 239 et s.
- G. CANIVET et N. MOLFESSIS, *La politique jurisprudentielle*. [www.courdecassation.fr](http://www.courdecassation.fr).
- J. CARBONNIER, *Propos introductifs. La transparence*. Numéro spécial- Revue de Jurisprudence Commerciale 1993.
- CATALA, *Secret et transparence. Le vice ou la vertu ?*. Observations conclusives. [www.creda.cci.fr](http://www.creda.cci.fr).
- CEDRAS, *Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation*. [www.courdecassation.fr](http://www.courdecassation.fr).
- CHIAVES, *La responsabilité précontractuelle, (Europe)*. [www.jus.unitn.it](http://www.jus.unitn.it)

## Le champ précontractuel

- ❑ GANDOLFI, *Pour un code européen des contrats*. RTDCiv 1992, p707.
- ❑ L. GRYNBAUM, *Projet de loi « pour la confiance dans l'économie numérique » encore un petit effort de rigueur pour un contrat électronique fiable*. Recueil DALLOZ 2003, p747.
- ❑ KENFACK, *Franchise : précision sur l'obligation précontractuelle d'information*. Recueil DALLOZ 2003 , p2305.
- ❑ KENFACK, *La lettre et l'esprit*. Recueil DALLOZ 2002 , p627.
- ❑ LARRIBAU-TERNEYRE, *La réception des principes de liberté et d'égalité en droit civil, du code civil à aujourd'hui, un tableau impressionniste*. Le droit privé français à la fin du XXe siècle. Ed LITEC.
- ❑ D.MAZEAUD, *Observations conclusives*. [www.lexinter.net](http://www.lexinter.net).
- ❑ D.MAZEAUD . Les vices de la protection du consentement du consommateur. Recueil Dalloz 2002, Jurisprudence p 11.
- ❑ MAZUYER, *Dol du créancier : réticence dolosive et manquement à l'obligation d'information*. Recueil DALLOZ 20004, p262.
- ❑ J. MESTRE et B. FAGES, *Un grand arrêt relatif aux pourparlers*, R.T.D.Civ 2004, Chroniques p. 80.
- ❑ J. MESTRE, *Transparence et droit des contrats*. Numéro spécial- Revue de Jurisprudence Commerciale 1993, p77.
- ❑ J. MESTRE et B. FAGES, *Un grand arrêt relatif aux pourparlers*, R.T.D.Civ 2004, Chroniques p. 80.

## Le champ précontractuel

- ❑ NAJJAR, *L'accord de principe*. Recueil DALLOZ 1991, Chroniques p 57.
- ❑ PASSA, *Commerce électronique et protection du consommateur*, Recueil Dalloz 2002, p. 555.
- ❑ RAWACH, *La portée des clauses tendant à exclure le rôle des documents précontractuels dans l'interprétation des contrats*. Recueil Dalloz 2001, p 223.
- ❑ SCHMIDT-SZALEWSKI, *La période précontractuelle en droit français*. Revue Internationale de droit comparé 1990, p545.
- ❑ SCHMIDT-SZALEWSKI, *La force obligatoire des contrats à l'épreuve des avant-contrats*. RTDCiv 2000, p25.
- ❑ VIVANT, *L'informatique dans la théorie générale du contrat*. Recueil Dalloz 1994, p17.

## **4. SITES INTERNET**

- ❑ [www.assemblée\\_nat.fr](http://www.assemblée_nat.fr)
- ❑ [www.courdecassation.fr](http://www.courdecassation.fr)
- ❑ [www.creda.ccip.fr](http://www.creda.ccip.fr)
- ❑ [www.fusaq.com](http://www.fusaq.com)
- ❑ [http://www.henricapitant.org](http://http://www.henricapitant.org)
- ❑ [www.jus.unitn.it](http://www.jus.unitn.it)
- ❑ [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)
- ❑ [www.lexinter.net](http://www.lexinter.net)
- ❑ [www.monard\\_dhulst.be](http://www.monard_dhulst.be)
- ❑ [www.persée.fr](http://www.persée.fr)
- ❑ [www.revuegénéralededroit.ca](http://www.revuegénéralededroit.ca)

**ANNEXE : Quelques arrêts**

**Cour de cassation**

**chambre commerciale**

**Audience publique du mardi 22 février 1994**

Sur le moyen unique, pris en ses trois branches :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Douai, 27 juin 1991), que les époux A... exploitaient un fonds de commerce de débit de boissons dans des locaux donnés à bail par la société Brasserie moderne de Carvin Epinoy (société BMCE) ; que la bail stipulait qu'en cas de cession du fonds, une grosse de l'acte devrait être remise au bailleur dans le mois de la signature et ce " à peine de nullité de la cession à l'égard du bailleur et de résiliation du bail si bon lui semble " ; que, par actes des 26 mars et 11 avril 1986, les époux A... ont vendu leur fonds de commerce aux époux X..., sans que cette formalité ait été accomplie ; que la société BMCE a refusé de recevoir paiement des loyers des mains des époux X... ; que ces derniers ayant été mis en redressement judiciaire, puis en liquidation judiciaire, le liquidateur, M. Y..., soutenant que la société BMCE avait commis une faute génératrice d'un préjudice pour les époux X... en faisant obstacle à la revente du fonds aux époux Z..., l'a assignée en paiement de dommages-intérêts ;

Attendu que la société BMCE fait grief à l'arrêt d'avoir accueilli cette demande alors, selon le pourvoi, d'une part, que le droit de se prévaloir de l'inopposabilité d'un bail ne peut être en soi abusif ; que la cour d'appel, qui constate que le bail cédé par les époux X... était inopposable au bailleur, la société BMCE, pour défaut d'accomplissement des formalités prévues, tant à l'article 1690 du Code civil, que par le bail lui-même, ne pouvait décider que le refus par le bailleur d'autoriser la cession du bail, cession inopposable à ce dernier, constituait une faute de sa part ; que, ce faisant, la cour d'appel n'a pas déduit les conséquences légales de ses propres constatations et a violé le texte susvisé ; alors, d'autre part, qu'en toute hypothèse, la rupture de pourparlers ne peut entraîner de responsabilité que s'il y a mauvaise foi ; qu'au cas présent, la cour d'appel, qui n'a en rien caractérisé la mauvaise foi de la société Brasserie moderne lors de la rupture des pourparlers avec les consorts X..., a violé l'article 1382 du Code civil ; et alors, enfin, que la cour d'appel n'a caractérisé aucun lien de causalité entre le refus de cession de bail par la société BMCE et la vente à perte du fonds de commerce par les époux X... et leur dépôt de bilan ; que faute d'avoir recherché en quoi ce refus avait pu être la cause de la liquidation judiciaire des époux X..., la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1382 du Code civil ;

Mais attendu, en premier lieu, que l'arrêt relève que, le 19 octobre 1987, la société BMCE a pris l'initiative d'offrir aux époux X... de les admettre comme cessionnaires du bail s'ils acceptaient de payer un loyer mensuel de 2 500 francs hors taxes et de prendre en charge les réparations mentionnées dans un rapport d'expertise, précision étant donnée que sa préoccupation majeure était une augmentation du loyer ; que les époux X... ayant répondu qu'ils préféreraient céder le fonds de commerce à un tiers avec l'agrément du bailleur sur la base du loyer précité et d'une prise en charge des réparations locatives pour un montant de 9 186 francs, la société BMCE a accepté ces propositions le 24 novembre 1987, étant précisé qu'il y aurait lieu de lui régler également tous les loyers échus et qui n'auraient pas été encaissés et

## Le champ précontractuel

qu'elle ferait effectuer à ses frais les réparations que lui imputait l'expert, cette société s'inquiétant même de la date prévue pour la signature du compromis de vente du fonds entre les époux X... et leurs successeurs, les époux Z... ; que l'arrêt précise que ce compromis a été signé le 16 décembre 1987 ; qu'il retient encore qu'un acte authentique a été préparé et proposé à la signature des parties pour le 23 mars 1988 en l'étude du notaire ; qu'il ajoute que cet acte reprenait " mot pour mot " une suggestion exprimée par la société BMCE et relative au montant du loyer qui devait être réglé par les époux Z..., mais que le projet de cession n'a pas abouti après que la société BMCE eut formulé de nouvelles prétentions ; qu'en l'état de ces constatations, révélant la légèreté blâmable de la société BMCE, la cour d'appel a pu décider que cette société avait abusé de son droit de rompre les négociations qu'elle avait engagées ;

Attendu, en second lieu, que l'arrêt retient que la cession du fonds de commerce aux consorts Z..., qui a échoué du fait de la société BMCE, aurait eu lieu au prix de 700 000 francs, suffisant pour désintéresser les créanciers des époux X... et que ceux-ci ayant été mis en liquidation judiciaire, le fonds a été cédé pour le prix de 100 000 francs ; que la cour d'appel a ainsi procédé à la recherche prétendument omise ;

D'où il suit que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi.

---

### **Cour de cassation chambre civile 1**

**Audience publique du mardi 6 janvier 1998**

Sur le moyen unique, pris en ses quatre branches :

Attendu, selon les énonciations des juges du fond, que MM. Y..., Z..., X... et A. M. A..., de nationalité saoudienne, porteurs, à hauteur de 99 %, des parts de la société de droit français Peninsular, constituée, le 31 janvier 1973, à seule fin d'acquisition d'un immeuble à usage de bureaux, laquelle a été réalisée le jour même, sont entrés en pourparlers avec M. Pierre B..., marchand de biens, en vue de la cession de l'intégralité du capital de la société ; que l'offre faite par celui-ci s'est matérialisée par l'envoi d'une lettre, le 15 octobre 1990, précisant le prix d'achat de 90 000 000 francs, assorti des garanties d'usage, notamment celle du passif, le paiement devant s'effectuer à concurrence de 10 % en une caution bancaire à la signature, et le solde à six mois de l'acte authentique ; que le 24 octobre suivant s'est tenue une réunion en présence des conseils des parties afin d'arrêter les modalités de la cession ; qu'aux termes d'un procès-verbal du même jour, M. André B... a réitéré pour le compte de M. Pierre B... un engagement inconditionnel et sans réserve de se porter acquéreur de l'intégralité des actions, la promesse de cession devant notaire étant fixée au 8 novembre 1990 et la cession définitive au 30 avril 1991 ; que faute d'obtention de la garantie bancaire M. Pierre B... n'a pas donné suite à l'opération ; que MM. Y..., X... et A.M. A..., prétendant que celui-ci avait contrevenu à ses engagements contractuels, l'ont assigné en réparation de leur préjudice ; que retenant que M. B... avait, dans le déroulement des négociations, fait preuve d'un comportement fautif, l'arrêt attaqué confirmatif de ce chef (Paris, 7 juillet 1995) l'a condamné au paiement de la somme de 500 000 francs à titre de dommages-intérêts ;

## Le champ précontractuel

Attendu que la cour d'appel a considéré que les pourparlers étaient très avancés compte tenu du court délai entre la date de la réunion et celle arrêtée pour la signature de la promesse chez un notaire, compte tenu également de l'engagement obtenu par M. B... des vendeurs de ne pas louer le troisième étage de l'immeuble qui constituait le seul actif de la société Peninsular ; qu'elle a aussi retenu que M. B... était dans la nécessité de recourir à un prêt bancaire pour payer la totalité du prix, sans toutefois en avoir fait état auprès de ses cocontractants, leur laissant croire qu'il serait en mesure de payer le solde du prix à terme avec ses fonds propres ; qu'elle a encore relevé que ce n'était que la veille de la date fixée pour la signature de la promesse que l'intéressé avait fait connaître qu'il n'avait pas obtenu la garantie bancaire ; que de ces constatations et énonciations, elle a pu déduire qu'il y avait eu réticence dolosive et fausses indications caractérisant un comportement fautif ; qu'en retenant avec les premiers juges que M. B... avait ainsi laissé se poursuivre des pourparlers qui allaient inéluctablement se traduire par des frais, elle a caractérisé le lien de causalité entre la faute et le dommage dont elle a souverainement apprécié la réparation ; qu'abstraction faite du motif surabondant critiqué par le troisième grief, la décision est légalement justifiée ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi.

---

### **Cour de cassation chambre civile 1**

**Audience publique du mercredi 24 novembre 1976**

SUR LE PREMIER MOYEN, PRIS EN SES DEUX BRANCHES : ATTENDU QU'IL RESULTE DES ENONCIATIONS DE L'ARRET ATTAQUE QUE PAPON, GARAGISTE, A VENDU A COHE UNE VOITURE D'OCCASION QUI, SELON LUI, AVAIT PARCOURU 10000 KILOMETRES ET DONT IL AVAIT REMIS A ZERO LE COMPTEUR KILOMETRIQUE ;

QUE COHE A ENSUITE VENDU CETTE VOITURE AU GARAGISTE X..., LEQUEL L'A LUI-MEME VENDUE A DUCROCQ, LE COMPTEUR INDIQUANT ALORS 35000 KILOMETRES ;

QU'UNE EXPERTISE ORDONNEE EN REFERE A REVELE QU'AU JOUR DE CETTE DERNIERE VENTE, LA VOITURE AVAIT DEJA PARCOURU 65000 KILOMETRES ;

QUE DUCROCQ A DEMANDE LA RESOLUTION DE LA VENTE A L'ENCONTRE DE DAME VEUVE X... ;

ATTENDU QU'IL EST FAIT GRIEF A LA COUR D'APPEL QUI A FAIT DROIT A CETTE DEMANDE, D'AVOIR CONDAMNE COHE A GARANTIR VEUVE X... DU MONTANT DES CONDAMNATIONS PRONONCEES CONTRE ELLE, ALORS, SELON LE MOYEN, QUE, D'UNE PART, IL RESULTAIT DES CONSTATATIONS DE L'EXPERT Y..., LORS DE SON ACQUISITION PAR COHE A UN PRIX PROCHE DE CELUI D'UNE VOITURE NEUVE, VEHICULE, BIEN QUE SORTI D'USINE L'ANNEE MEME, AVAIT, EN REALITE, PARCOURU UNE DISTANCE TRIPLE DE CELLE INDIQUEE ET ETAIT DONC USAGE, CIRCONSTANCE QUI ETAIT A L'ORIGINE DES INCIDENTS MECANQUES REPROCHES PAR DUCROCQ ET QUE COHE, NON PROFESSIONNEL, NE POUVAIT REVELER PUISQU'IL L'IGNORAIT LEGITIMEMENT ;

ALORS, D'AUTRE PART, QUE L'ARRET, QUI A CONSTATE QUE L'ETAT D'USURE MECANIQUE D'UNE VOITURE REVELE A UN PROFESSIONNEL L'USAGE PLUS OU MOINS LONG ET FREQUENT QUI EN A ETE FAIT, AURAIT DU TIRER DE CETTE CONSTATATION LA CONSEQUENCE QUE, POUR X..., ACQUEREUR PROFESSIONNEL, LE VEHICULE N'ETAIT PAS ATTEINT D'UN VICE CACHE DE NATURE A JUSTIFIER LA GARANTIE DE COHE, VENDEUR NON PROFESSIONNE ;

Le champ précontractuel

MAIS ATTENDU QUE LA COUR D'APPEL N'A PAS CONSIDERE QUE, DANS LES RAPPORTS EXISTANT ENTRE COHE ET X..., LE KILOMETRAGE INEXACT INSCRIT AU COMPTEUR CONSTITUAIT, POUR LE GARAGISTE, UN VICE CACHE ;

QU'APRES AVOIR JUSTEMENT RAPPELE QUE CELUI QUI TRAITE AVEC UN PROFESSIONNEL, N'EST PAS DISPENSE DE LUI FOURNIR LES RENSEIGNEMENTS QUI SONT EN SA POSSESSION ET DONT L'ABSENCE ALTERE LE CONSENTEMENT DE SON COCONTRACTANT, LES JUGES D'APPEL ONT SOUVERAINEMENT ESTIME QU'EN DISSIMULANT AX... LA MANIPULATION DU COMPTEUR OPEREE PAR PAPON, DONT IL AVAIT CONNAISSANCE, COHE AVAIT AGI AVEC UNE ABSOLUE MAUVAISE FOI ET ONT PU EN DEDUIRE QUE COHE AVAIT COMMIS UNE FAUTE DONT IL DEVAIT REPARER LES CONSEQUENCES ;

QUE LE MOYEN N'EST DONC FONDE EN AUCUNE DE SES BRANCHES ;

REJETTE LE PREMIER MOYEN ;

MAIS SUR LE SECOND MOYEN : VU L'ARTICLE 1134 DU CODE CIVIL ;

ATTENDU QUE L'ARRET ATTAQUE A DEBOUTE COHE DU RECOURS QU'IL AVAIT FORME CONTRE PAPON A L'EFFET DE SE VOIR GARANTIR DU MONTANT DES CONDAMNATIONS QUI POURRAIENT ETRE PRONONCEES CONTRE LUI AU PROFIT DE DAME VEUVE X... ;

ATTENDU QUE LA COUR D'APPEL A RELEVÉ, D'UNE PART, QU'AU JOUR DE LA VENTE, COHE N'IGNORAIT PAS QUE LE COMPTEUR AVAIT ETE REMIS A ZERO PAR PAPON NI QUE LE VEHICULE AVAIT, AUX DIRES DE CE DERNIER, DEJA PARCOURU 10000 KILOMETRES, D'AUTRE PART, QU'IL RESULTE DES INVESTIGATIONS DE L'EXPERT Y... LA DISTANCE EFFECTUEE PAR LA VOITURE ETAIT EN REALITE DE 30000 KILOMETRES, QU'EN DECIDANT CEPENDANT QUE COHE NE POUVAIT REPROCHER A PAPON DE L'AVOIR TROMPE, SANS S'EXPLIQUER SUR LES CIRCONSTANCES PROPRES A JUSTIFIER CETTE APPRECIATION, LA COUR D'APPEL N'A PAS DONNE DE BASE LEGALE A SA DECISION ;

PAR CES MOTIFS : CASSE ET ANNULE, MAIS SEULEMENT DANS LA LIMITE DU SECOND MOYEN, L'ARRET RENDU ENTRE LES PARTIES LE 22 FEVRIER 1974 PAR LA COUR D'APPEL DE ROUEN ;

REMET, EN CONSEQUENCE, QUANT A CE, LA CAUSE ET LES PARTIES AU MEME ET SEMBLABLE ETAT OU ELLES ETAIENT AVANT LEDIT ARRET ET, POUR ETRE FAIT DROIT, LES RENVOIE DEVANT LA COUR D'APPEL DE CAEN.

---

**Cour de cassation**

**chambre civile 3**

**Audience publique du vendredi 15 janvier 1971**

SUR LE PREMIER MOYEN, PRIS EN SES TROIS BRANCHES : ATTENDU QU'IL RESULTE DE L'ARRET CONFIRMATIF ATTAQUE (PARIS, 13 MARS 1969) QUE LA SOCIETE BERANGER A SIGNALÉ A L'UNION POUR LA CONSTRUCTION IMMOBILIERE (UCIN) ET A UNE AUTRE FILIALE DE L'UNION INDUSTRIELLE DE CREDIT, DEUX TERRAINS A BATIR, A CANNES ET A VILLEFRANCHE-SUR-MER ;

QU'UNE SOCIETE CIVILE IMMOBILIERE DENOMMEE SCI DALEXANDRE A ETE CONSTITUEE ET A ACQUIS LE TERRAIN A CANNES ;

QUE CETTE SOCIETE A CONSENTI A LA SOCIETE BEZANGER L'EXCLUSIVITE DES VENTES ET DES COMMISSIONS ;

Le champ précontractuel

QUE DES DIFFICULTES ONT SURGI ENTRE LA SCI DALEXANDRE ET LA SOCIETE BERANGER ET QUE DES PROCEDURES ONT ETE ENGAGEES ;

QUE, DE SON COTE, L'UCIM A CONCLU AVEC LA MEME SOCIETE BEZANGER UNE AUTRE CONVENTION ACCORDANT A CELLE-CI L'EXCLUSIVITE DES VENTES ET DES COMMISSIONS SUR L'IMMEUBLE A CONSTRUIRE A VILLEFRANCHE-SUR-MER ;

QUE L'UCIM AYANT DEPOSE UNE DEMANDE DE PERMIS DE CONSTRUIRE, LE PREFET DES ALPES-MARITIMES LUI A FAIT CONNAITRE, PAR LETTRE DU 12 DECEMBRE 1966, QUE LE TERRAIN DE VILLEFRANCHE ETAIT COMPRIS DANS UN LOTISSEMENT ET QUE SA VENTE ETAIT ENTACHEE DE NULLITE, QUE L'ADMINISTRATION NE PRENDRAIT L'INITIATIVE D'AUCUNE POURSUITE, MAIS QU'IL APPARTENAIT AUX PROPRIETAIRES INTERESSES DE SOLLICITER LE RAPPORT DE L'ARRETE D'APPROBATION, AVANT QUE SE POURSUIVE LA PROCEDURE ADMINISTRATIVE RELATIVE A LA DEMANDE DU PERMIS DE CONSTRUIRE ;

QUE L'UCIM AYANT ASSIGNE LES VENDEURS DU TERRAIN EN RESOLUTION DE LA VENTE, A FAIT CONNAITRE A LA SOCIETE BEZANGER, PAR LETTRE DU 14 MARS 1967, LE REFUS DU PREFET D'ACCORDER LE PERMIS DE CONSTRUIRE ET SON ACTION EN ANNULATION DE LA VENTE DU TERRAIN DE VILLEFRANCHE-SUR-MER ;

QUE, LE 24 MARS 1967, LA SCI D'ALEXANDRE, POUR L'OPERATION DE CANNES, ET L'UCIM, POUR CELLE DE VILLEFRANCHE-SUR-MER, ONT CONCLU AVEC LA SOCIETE BEZANGER UN ACCORD AUX TERMES DUQUEL CETTE DERNIERE SOCIETE DEVAIT RECEVOIR DE LA SCI DALEXANDRE UNE SOMME DE 450000 FRANCS ET DE L'UCIM UNE SOMME DE 50000 FRANCS EN COMPENSATION DE SA RENONCIATION A TOUTES CONTESTATIONS ET A TOUS RAPPORTS EXISTANT ENTRE LES PARTIES, A TITRE DE REGLEMENT DEFINITIF, FORFAITAIRE ET TRANSACTIONNEL ;

QUE LE 1ER JUILLET 1967, LE PERMIS DE CONSTRUIRE A ETE ACCORDE A L'UCIM ;

QUE LA SOCIETE BEZANGER, AU MOTIF QU'ELLE AVAIT ETE VICTIME D'UNE MANOEUVRE DOLOSIVE DE LA PART DE L'UCIM, L'A ASSIGNEE EN NULLITE DE LA CONVENTION DU 24 MARS 1967 ET EN DOMMAGES-INTERETS ;

ATTENDU QU'IL EST FAIT GRIEF AUDIT ARRET DE PRONONCER LA NULLITE DE LA TRANSACTION, ALORS, SELON LE MOYEN, QUE L'INDIVISIBILITE D'UNE TRANSACTION EST LE PRINCIPE ET LA DIVISIBILITE L'EXCEPTION, ET QUE LES JUGES DU FOND DOIVENT, EN CE CAS, MOTIVER LEUR DECISION DE TELLE SORTE QUE LA VOLONTE DES PARTIES APPARAISSE CLAIREMENT, CE QUI N'EST PAS LE CAS EN L'ESPECE ;

QUE, D'AUTRE PART, LORSQUE LA TRANSACTION ANNULEE FAIT PARTIE D'UN ENSEMBLE TRANSACTIONNEL DANS LEQUEL LES OPERATIONS SONT INTERDEPENDANTES LES UNES DES AUTRES, IL N'EST PAS POSSIBLE D'ANEANTIR L'UNE D'ENTRE ELLES, SANS, DU MEME COUP, FAIRE DISPARAITRE LA CAUSE DES AUTRES ET QU'ENFIN L'ANNULATION PARTIELLE D'UNE TRANSACTION PRONONCEE SANS QU'UNE TELLE SOLUTION SOIT JUSTIFIEE SOUS L'ANGLE DE SA CONFORMITE AVEC L'INTENTION DES PARTIES, CONSTITUE UNE VIOLATION DU PRINCIPE DE L'AUTONOMIE DE LA VOLONTE EN DENOTANT DE LA PART DES JUGES UNE VERITABLE REFACTION DU CONTRAT EN DEHORS DES LIMITES DE LEURS POUVOIRS ET DE LEUR COMPETENCE ;

MAIS ATTENDU, QU'ANALYSANT LA CONVENTION DU 24 MARS 1967, L'ARRET RELEVE QUE CET ACTE REUNISSAIT EN UN MEME DOCUMENT UNE DOUBLE TRANSACTION, L'UNE ENTRE LA SCI DALEXANDRE ET LA SOCIETE BEZANGER SUR LES CONDITIONS DE L'ACCORD DU 21 MARS 1963 INTERESSANT LE PROJET DE CONSTRUCTION A CANNES, L'AUTRE ENTRE L'UCIM ET LA MEME SOCIETE BEZANGER SUR LE REGLEMENT DES CONDITIONS D'ABANDON DE L'ACCORD DU 15 OCTOBRE SUIVANT ;



Le champ précontractuel

QU'IL CONSTATE QUE CES DEUX TRANSACTIONS SONT DISTINCTES PAR LES PERSONNES QUI DONNENT LEUR CONSENTEMENT, COMME PAR LES OBLIGATIONS QUE CHACUNE SOUSCRIT ;

ATTENDU QUE, DE CES CONSTATATIONS, QUI NE DENATURENT PAS L'ACTE DU 24 MARS 1967 ET REPONDENT AUX CONCLUSIONS, LA COUR D'APPEL, INTERPRETANT SOUVERAINEMENT LA COMMUNE INTENTION DES PARTIES LORS DE SA CONCLUSION, A PU DEDUIRE SANS EXCEDER SES POUVOIRS QUE LA SOCIETE BEZANGER DOIT ETRE ADMISE A POURSUIVRE CONTRE SON COCONTRACTANT PARTICULIER, L'ANNULATION DE LA TRANSACTION CONCERNANT LE PROJET DE CONSTRUCTION A VILLEFRANCHE-SUR-MER ;

D'OU IL SUIVIT QUE LE PREMIER MOYEN N'EST PAS FONDE ;

SUR LE SECOND MOYEN, PRIS EN SES TROIS BRANCHES : ATTENDU QU'IL EST ENCORE REPROCHE A L'ARRET D'AVOIR ANNULE PARTIELLEMENT POUR DOL LA TRANSACTION DU 24 MARS 1967, ALORS, SELON LE MOYEN, QUE, D'UNE PART, C'EST AU PRIX D'UNE DENATURATION DES DOCUMENTS PRODUITS QUE LA COUR D'APPEL A ADMIS QUE LA SOCIETE BEZANGER AVAIT ETE INDUITE EN ERREUR PAR L'UCIM EN RAISON DE L'ASSERTION D'UN FAIT INEXACT, D'AUTRE PART, QUE LA SIMPLE RETICENCE, NON ACCOMPAGNEE DE MANOEUVRES DESTINEES A INDUIRE LE COCONTRACTANT EN ERREUR, N'EST PAS CONSTITUTIVE DE DOL AU SENS DE L'ARTICLE 1116 DU CODE CIVIL ET QU'A AUCUN MOMENT LA COUR D'APPEL NE RELEVE DE TELLES MANOEUVRES ET QU'ENFIN L'INTENTION DOLOSIVE NE SAURAIT ETRE DEDUITE DE LA SIMPLE CONSTATATION D'UNE RETICENCE DONT IL N'EST PAS ETABLI QU'ELLE AIT ETE FAITE DANS LE BUT DE TROMPER LA SOCIETE BEZANGER ;

MAIS ATTENDU QUE LE DOL PEUT ETRE CONSTITUE PAR LE SILENCE D'UNE PARTIE DISSIMULANT A SON COCONTRACTANT UN FAIT QUI, S'IL AVAIT ETE CONNU DE LUI, L'AURAIT EMPECHE DE CONTRACTER ;

ATTENDU QUE L'ARRET RELEVE QU'EN DECRIVANT A LA SOCIETE BEZANGER LE 14 MARS 1967 QUE LE PERMIS DE CONSTRUIRE DE L'OPERATION IMMOBILIERE DE VILLEFRANCHE-SUR-MER A ETE REFUSE PAR LE PREFET SANS FAIRE ALLUSION NI A LA PRECISION QUE L'ADMINISTRATION NE PRENDRAIT L'INITIATIVE D'AUCUNE POURSUITE DU FAIT DE L'INFRACTION A LA REGLEMENTATION SUR LES LOTISSEMENTS, NI A LA SUGGESTION FAITE PAR LA MEME LETTRE POUR PARVENIR A LA REGULARISATION DE LA SITUATION PERMETTANT DE POURSUIVRE LA PROCEDURE D'INSTRUCTION DE LA DEMANDE DU PERMIS DE CONSTRUIRE, L'UCIM A AFFIRME UN FAIT INEXACT ET COMMIS UNE DOUBLE RETICENCE, L'ENSEMBLE DISSIMULANT LE SENS DE LA PORTEE ET LA LETTRE DU PREFET ;

QUE LA COUR D'APPEL ENONCE QUE CETTE LETTRE NE RENDAIT PAS NECESSAIRE, BIEN AU CONTRAIRE, LA POURSUITE DE L'ANNULATION DE LA VENTE, PUISQU'ELLE OFFRAIT A L'UCIM AVEC TOUS LES DELAIS NECESSAIRES, LA GARANTIE QUE L'ADMINISTRATION NE PRENDRAIT PAS D'INITIATIVES DE NATURE A FAIRE OBSTACLE A LA REMISE EN ORDRE FAVORABLE DE LA SITUATION ET CONSTATE QU'AUSSI BIEN, EN DECEMBRE 1967 L'UCIM S'EST DESISTEE DE SON ACTION EN ANNULATION DE LA VENTE DU TERRAIN ;

ATTENDU QUE DE CES CONSTATATIONS, LA COUR D'APPEL, SANS DENATURER LA LETTRE DU PREFET, A PU DEDUIRE QUE CES FAUSSES DECLARATIONS ET CES RETICENCES REVETENT, DANS LES CIRCONSTANCES OU ELLES SONT INTERVENUES ET SPECIALEMENT DE LA PART DE L'UCIM, UN CARACTERE DOLOSIF PROPRE A INDUIRE LA SOCIETE BEZANGER EN ERREUR SUR LES MOTIFS DE SON CONSENTEMENT A LA TRANSACTION DU 24 MARS 1967 ;

D'OU IL SUIVIT QUE LE MOYEN NE PEUT ETRE ACCUEILLI ;

PAR CES MOTIFS : REJETTE LE POURVOI FORME CONTRE L'ARRET RENDU LE 13 MARS 1969, PAR LA COUR D'APPEL DE PARIS ;

---

**Cour de cassation  
chambre mixte  
Audience publique du vendredi 26 mai 2006**

LA COUR DE CASSATION, siégeant en CHAMBRE mixte , a rendu l'arrêt suivant :

Vu leur connexité, joint les pourvois n Y 03-19376 et n C 03-19495 ;

Donne acte aux consorts X... de la reprise de l'instance introduite au nom de Daurice X..., décédée le 25 septembre 2003, en leur qualité d'héritiers ;

Donne acte aux consorts X..., tous les sept agissant en leur qualité d'héritiers de Daurice Y..., du désistement de leur pourvoi en ce qu'il est dirigé contre M. Z... ;

Sur le moyen unique :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Papeete, 13 février 2003), qu'un acte de donation-partage dressé le 18 décembre 1957 et contenant un pacte de préférence a attribué à Mme Adèle A... un bien immobilier situé à Haapiti ; qu'une parcelle dépendant de ce bien a été transmise, par donation-partage du 7 août 1985, rappelant le pacte de préférence, à M. Ruini A..., qui l'a ensuite vendue le 3 décembre 1985 à la SCI Emeraude, par acte de M. B..., notaire ; qu'invoquant une violation du pacte de préférence stipulé dans l'acte du 18 décembre 1957, dont elle tenait ses droits en tant qu'attributaire, Mme X... a demandé, en 1992, sa substitution dans les droits de l'acquéreur et, subsidiairement, le paiement de dommages-intérêts ;

Attendu que les consorts X... font grief à l'arrêt d'avoir rejeté la demande tendant à obtenir une substitution dans les droits de la société Emeraude alors, selon le moyen :

1 / que l'obligation de faire ne se résout en dommages-intérêts que lorsque l'exécution en nature est impossible, pour des raisons tenant à l'impossibilité de contraindre le débiteur de l'obligation à l'exécuter matériellement ; qu'en dehors d'une telle impossibilité, la réparation doit s'entendre au premier chef comme une réparation en nature et que, le juge ayant le pouvoir de prendre une décision valant vente entre les parties au litige, la cour d'appel a fait de l'article 1142 du code civil, qu'elle a ainsi violé, une fausse application ;

2 / qu'un pacte de préférence, dont les termes obligent le vendeur d'un immeuble à en proposer d'abord la vente au bénéficiaire du pacte, s'analyse en l'octroi d'un droit de préemption, et donc en obligation de donner, dont la violation doit entraîner l'inefficacité de la vente conclue malgré ces termes avec le tiers, et en la substitution du bénéficiaire du pacte à l'acquéreur, dans les termes de la vente ; que cette substitution constitue la seule exécution entière et adéquate du contrat, laquelle ne se heurte à aucune impossibilité ; qu'en la refusant, la cour d'appel a violé les articles 1134, 1138 et 1147 du code civil ;

3 / qu'en matière immobilière, les droits accordés sur un immeuble sont applicables aux tiers dès leur publication à la conservation des hypothèques ; qu'en subordonnant le prononcé de la vente à l'existence d'une faute commise par l'acquéreur, condition inutile dès lors que la cour d'appel a constaté que le pacte de préférence avait fait l'objet d'une publication régulière avant la vente contestée, la cour d'appel a violé les articles 28, 30 et 37 du décret du 4 janvier 1955 ;

Le champ précontractuel

Mais attendu que, si le bénéficiaire d'un pacte de préférence est en droit d'exiger l'annulation du contrat passé avec un tiers en méconnaissance de ses droits et d'obtenir sa substitution à l'acquéreur, c'est à la condition que ce tiers ait eu connaissance, lorsqu'il a contracté, de l'existence du pacte de préférence et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir ; qu'ayant retenu qu'il n'était pas démontré que la société Emeraude savait que Mme X... avait l'intention de se prévaloir de son droit de préférence, la cour d'appel a exactement déduit de ce seul motif, que la réalisation de la vente ne pouvait être ordonnée au profit de la bénéficiaire du pacte ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne les consorts X... aux dépens ;

---

**Cour de cassation  
chambre civile 3  
Audience publique du mercredi 21 février 2001**

Sur le deuxième moyen : (Publication sans intérêt) ;

Mais sur le premier moyen :

Vu l'article 1116 du Code civil ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Aix, 20 mai 1998), que, suivant deux actes, reçus par M. X..., notaire, les 26 mai et 6 juillet 1989, la société civile immobilière Errera (SCI) a vendu un immeuble à usage d'hôtel à M. Y... et la société Hôtel Le Gallieni (société) le fonds de commerce exploité dans cet immeuble au même acquéreur ; qu'une précédente décision ayant accueilli la demande de la SCI et de la société en réitération des cessions, M. Y... les a assignées en annulation des ventes pour dol ; qu'il a également demandé la condamnation de M. X... à lui payer des dommages-intérêts ; qu'en appel M. Y... a maintenu sa prétention à titre subsidiaire et demandé à titre principal la réduction du prix et subsidiairement l'allocation de dommages-intérêts ;

Attendu que pour débouter M. Y... de sa demande en annulation pour dol, l'arrêt retient que les conditions d'une telle annulation ne sont pas réunies quant aux griefs avancés par M. Y... en raison du caractère inexcusable de l'erreur dont il soutient avoir été victime, l'ignorance de l'exploitation sans autorisation d'ouverture et en non-conformité aux règles de sécurité n'étant pas admissible de sa part alors qu'il avait une obligation particulière de se renseigner compte tenu du caractère professionnel de l'opération et que des vérifications élémentaires auprès des cédants lui auraient révélé l'exacte situation administrative de l'établissement ;

## Le champ précontractuel

Qu'en statuant ainsi, par des motifs qui ne permettent pas d'exclure l'existence d'une réticence dolosive et alors qu'une telle réticence dolosive, à la supposer établie, rend toujours excusable l'erreur provoquée, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

Et sur le troisième moyen :

Vu l'article 1382 du Code civil ;

Attendu que pour débouter M. Y... de sa demande dirigée contre le notaire, l'arrêt relève que M. X... n'est intervenu qu'après la conclusion des cessions qui liaient de manière définitive les parties par la signature d'un accord du 26 mai 1989 et que la convention du 6 juillet 1989, rédigée par M. X..., n'a eu aucune incidence sur la conclusion des cessions déjà définitives ;

Qu'en statuant ainsi, alors que le notaire qui participe à la rédaction d'actes de vente est tenu d'un devoir de conseil destiné à assurer la validité et l'efficacité des actes auxquels il a apporté son concours, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, sauf en ce qu'il a déclaré irrecevables comme nouvelles en appel les demandes en réduction du prix des cessions et subsidiaires en indemnisation formées, sur les divers fondements entrepris, par M. Y... en substitution, au principal, de sa demande initiale, l'arrêt rendu le 20 mai 1998, entre les parties, par la cour d'appel d'Aix-en-Provence ; remet, en conséquence, quant à ce, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Nîmes.

---

**Cour de cassation  
chambre commerciale  
Audience publique du mardi 28 juin 2005**

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE COMMERCIALE, FINANCIERE ET ECONOMIQUE, a rendu l'arrêt suivant :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 2 mai 2003), qu'en 1996, M. X..., salarié de la société Cap Gemini, s'est vu offrir l'acquisition, au prix unitaire de 30 francs, de 20 000 bons lui donnant la faculté d'acquérir autant d'actions de cette société au prix de 80 francs lors de la levée de l'option qui devait intervenir au premier semestre 2000 ; que pour acquérir ces bons, M. et Mme X... ont contracté un emprunt auprès de la Société générale (la banque), avec laquelle M. X... a également conclu une convention intitulée "Contrat d'options sur actions cotées" ; qu'aux termes de cette convention, M. X... s'engageait à lever les options d'achat d'actions en janvier 2000 et qu'il était stipulé que si le cours des actions était, à cette date, inférieur à 118, 42 francs, représentant la somme du prix du bon, du prix de l'action et du coût du crédit, la banque lui verserait la différence entre ce montant et le cours réel et que, si celui-ci était supérieur à ce montant, la banque lui verserait la plus-value dans la limite d'un cours maximum de 290, 13 francs ; que lors du dénouement de l'opération en janvier 2000, le cours de l'action était supérieur à 1 500 francs ; que M. et Mme X..., alléguant avoir été victimes d'un dol par réticence, ont demandé l'annulation des contrats conclus avec la banque et

## Le champ précontractuel

subsidiairement sollicité l'annulation de la stipulation d'intérêts incluse dans le contrat de prêt en invoquant l'absence d'indication du taux effectif global ;

Sur le premier moyen :

Attendu que M. et Mme X... font grief à l'arrêt d'avoir rejeté leur demande tendant à l'annulation, pour réticence dolosive, des contrats conclus avec la banque alors, selon le moyen :

1 ) que, quelles que soient les relations contractuelles entre un client et sa banque, celle-ci a le devoir de l'informer des risques encourus dans les opérations spéculatives sur les marchés à terme ; que cette connaissance doit s'apprécier en fonction du degré d'expérience dans le domaine financier concerné et de la complexité du produit ; qu'en l'espèce, M. X... soutenait que la compréhension du mécanisme de couverture et de ses implications supposait des connaissances pointues et des compétences spécifiques, dont il ne disposait pas, étant parfaitement novice en matière d'opérations réalisées sur les produits dérivés, opérations réservées aux entreprises et aux institutionnels ; qu'en se bornant à constater que M. X... était diplômé de l'ENA et ancien inspecteur des finances, et exerçait des fonctions de direction au sein de la société Cap Gemini pour considérer que la Société générale n'avait aucune obligation précontractuelle d'information sur le contrat d'options qu'elle lui a fait souscrire, sans relever aucun élément de nature à caractériser une connaissance concrète et effective de la part de M. X... des produits dérivés et, en particulier, des mécanismes de couverture du risque de variation de cours permettant d'éclairer son consentement en la matière, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1109 du Code civil ;

2 ) que la banque est tenue d'une obligation précontractuelle d'information d'autant plus précise que l'opération concerne des produits dérivés sur un marché de gré à gré ; qu'en l'espèce, M. X... soutenait que le document de présentation de l'offre de financement et de couverture fourni par la Société générale comportait des indications fausses en ce qu'il indiquait notamment que les solutions de couverture proposées assuraient un gain minimum au bénéficiaire à l'échéance, alors que seul le risque de perte était partiellement couvert et qu'aucune information ne lui avait été donnée sur les mécanismes internes utilisés pour la couverture du risque de variation de cours, à défaut desquelles il ne pouvait appréhender la construction du contrat d'option par la Société générale ; qu'en ne recherchant pas, comme elle y avait été invitée, si les informations remises par la banque à l'occasion de la souscription du contrat d'options étaient suffisamment précises et complètes, en particulier sur les mécanismes internes de couverture du risque de variation de cours, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1109 du Code civil ;

3 ) que M. et Mme X... reprochaient à la banque de ne pas les avoir informés de l'existence d'autres formules de couverture du risque de variation de cours, qu'elle ne pouvait ignorer en tant que spécialiste des produits dérivés, et qui comportaient l'avantage de permettre au client de percevoir une quote-part de la plus-value réalisée, sans plafonnement des gains potentiels ; qu'en se bornant à énoncer qu'il ne pouvait être reproché à la banque d'avoir conçu sa formule de couverture en anticipant sur une évolution à la hausse du cours des actions, dès lors que "la prévision entre dans la fonction principale de la direction des marchés d'un établissement bancaire, à qui il ne peut être fait grief d'apprécier l'avenir du marché en fonction de différents paramètres, qu'il n'a pas à faire connaître à son client", sans rechercher s'il n'incombait pas à l'établissement de crédit, dans le cadre de son obligation précontractuelle d'information, de faire connaître à son client l'existence d'autres techniques de couverture du

## Le champ précontractuel

risque de variation de cours, afin de lui permettre de contracter en toute connaissance de cause, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1109 du Code civil ;

Mais attendu que le manquement à une obligation précontractuelle d'information, à le supposer établi, ne peut suffire à caractériser le dol par réticence, si ne s'y ajoute la constatation du caractère intentionnel de ce manquement et d'une erreur déterminante provoquée par celui-ci ; que le moyen, qui se borne en ses trois branches à invoquer des manquements de la banque à son obligation précontractuelle d'information, sans alléguer que ces manquements auraient été commis sciemment dans l'intention de provoquer dans l'esprit de M. X... une erreur déterminante de son consentement, ne peut être accueilli ;

Et sur le second moyen :

Attendu que M. et Mme X... font encore grief à l'arrêt de les avoir déboutés de leur demande tendant à l'annulation de la stipulation d'intérêts conventionnels contenue dans le contrat de prêt alors, selon le moyen :

1 ) que le délai de prescription de l'action en nullité de la clause de stipulation des intérêts conventionnels pour défaut d'indication du taux effectif global est de cinq ans à compter de la signature du contrat de prêt ; qu'en considérant que cette action était soumise au délai de forclusion biennale de l'article L. 311-37 du Code de la consommation, la cour d'appel a violé ce texte, ensemble les articles L. 313-2 du même Code, 1304 et 1907 du Code civil ;

2 ) qu'en toute hypothèse, en ne répondant pas au moyen soulevé par M. et Mme X... tiré de ce que la banque, en concluant le contrat d'options le 28 juin 1996, soit antérieurement à la conclusion de la convention d'ouverture de crédit, le 25 juillet 1996 avait privé, de facto, les emprunteurs de la faculté de rétractation de sept jours prévue par l'article L. 311-5 du Code de la consommation, ce qui excluait la volonté des parties de se soumettre à la réglementation du crédit à la consommation résultant des articles L. 311-1 et suivants du Code de la consommation, la cour d'appel a violé l'article 455 du nouveau Code de procédure civile ;

Mais attendu qu'ayant relevé qu'il résulte des clauses du contrat que celui-ci est soumis aux dispositions de la loi du 10 janvier 1978, la cour d'appel, qui a ainsi écarté l'interprétation contraire à laquelle se réfère la seconde branche, a fait à bon droit application, à l'action en annulation de la stipulation d'intérêts, du délai de forclusion de deux ans prévu par l'article L. 311-37 du Code de la consommation, dans sa rédaction antérieure à la loi du 11 décembre 2001 ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne M. et Mme X... aux dépens ;

Vu l'article 700 du nouveau Code de procédure civile, rejette leur demande et les condamne à payer la somme globale de 2 000 euros à la Société générale ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de Cassation, Chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par le président en son audience publique du vingt-huit juin deux mille cinq.

---

**Cour de cassation  
chambre civile 1  
Audience publique du mardi 18 février 1986**

Sur le premier moyen :

Attendu, selon les juges du fond, que, par lettre du 31 mai 1977, la société La Pensée Universelle, éditeur, a fait connaître à M. X..., auteur d'un manuscrit, qu'elle était disposée à le publier à certaines conditions et qu'elle s'engagerait pour sa part, s'il donnait suite, à mettre en oeuvre plusieurs moyens publicitaires énumérés dans ladite lettre parmi lesquels figuraient la recherche des jurys littéraires susceptibles d'être séduits par l'ouvrage, ainsi que la présentation de l'auteur à ces jurys, et la prospection des éditeurs étrangers en vue de traductions ; que, dès le 3 juin 1977, M. X... a, par lettre, exprimé son accord sans aucune réserve et que, les 4 et 6 juin, l'éditeur et l'auteur ont signé un document imprimé reproduisant l'ensemble des conditions prévues de la sorte, à l'exception toutefois des deux clauses ci-dessus, lesquelles n'ont par la suite reçu aucune exécution de la part de l'éditeur ; que l'auteur s'est prévalu de cette abstention et a assigné La Pensée Universelle en paiement de dommages-intérêts, le livre s'étant mal vendu ; que l'arrêt attaqué a partiellement accueilli ses prétentions ;

Attendu que La Pensée Universelle reproche à la Cour d'appel d'avoir, pour ce faire, dénaturé le contrat par addition ; Mais attendu que l'arrêt attaqué énonce que la lettre du 31 mai 1977 de La Pensée Universelle contenant notamment les deux clauses litigieuses indiquait que, si " les conditions proposées ci-dessus " convenaient à M. X..., elle lui adresserait " le contrat correspondant " ; qu'il relève que cette offre a été immédiatement acceptée par M. X... ; que, dès lors, eu égard à l'ambiguïté née du rapprochement de ces écrits avec celui qui a été signé les 4 et 6 juin 1977, la Cour d'appel qui a recherché qu'elle était la commune intention des parties, a procédé à une interprétation exclusive de toute dénaturation en raison de sa nécessité ; que le grief doit être écarté ;

Sur le second moyen, pris en ses deux branches : (sans intérêt).

PAR CES MOTIFS :

REJETTE LE POURVOI

---

**Cour de cassation  
chambre commerciale  
Audience publique du mardi 8 décembre 1987**

Sur le moyen unique, pris en ses deux branches :

Attendu que, selon les énonciations de l'arrêt attaqué (Paris, 21 mai 1985), M. X..., employé en qualité de cadre par la société Stimat, et Mme Y..., son épouse divorcée, ont conclu une convention d'aval en vue de garantir la Compagnie générale de caution pour ce qui concernait

## Le champ précontractuel

les " crédits d'enlèvement " de la société Stimat auprès de l'administration des Douanes de Marseille ; qu'à la suite de la liquidation des biens de la société Stimat, la Compagnie générale de caution a assigné les époux X... en paiement de la totalité des sommes qui lui étaient dues par cette société ; que les époux X... ont soutenu que l'aval par eux consenti était limité à la somme de 250 000 francs, montant de l'augmentation des " crédits d'enlèvement " de la société Sedimat auprès de la Recette des douanes de Marseille ;

Attendu que la Compagnie générale de caution fait grief à la cour d'appel d'avoir dit que l'aval consenti par M. X... et Mme Y..., épouse divorcée Coin, à ladite société était limité à la somme de 250 000 francs, réduisant ainsi le montant de leur condamnation en principal de 1 834 092,90 francs à 250 000 francs, alors que, selon le pourvoi, d'une part, un acte d'aval, obligation analogue au contrat de cautionnement, ne peut, comme toute convention ou acte juridique, être interprété à l'aide d'éléments extrinsèques que dans la mesure où sa teneur est imprécise, obscure ou ambiguë ; qu'au contraire, les juges ne peuvent user de ce pouvoir d'interprétation lorsque les termes de cette convention sont clairs et précis et suffisent à eux-mêmes, car ils traduisent nécessairement la volonté commune des parties, et qu'en l'espèce, l'acte d'aval souscrit le 13 décembre 1977 par les époux X... envers la Compagnie générale de caution portait " caution personnelle, conjointe et solidaire sans bénéfice de division ni de discussion pour le remboursement de toutes sommes qui peuvent ou pourront être dues par la Stimat " à l'administration des Douanes, sans comporter, comme le constate l'arrêt, aucune restriction quant au montant, quant au lieu d'où émaneraient les crédits de dédouanement garantis, ni quant aux délais, en sorte que cette clarté intrinsèque sur l'étendue de ce cautionnement formait la loi non équivoque des parties concernées sur un engagement portant sur la totalité des dettes de la Stimat envers la Compagnie générale de caution ; que l'arrêt ne pouvait donc procéder à une interprétation de la volonté commune des parties à l'aide d'éléments extrinsèques constitués par une correspondance de pourparlers et un contrat antérieur conclu entre d'autres parties ainsi que par l'appréciation subjective des comportements de M. X... et de la Compagnie générale de caution ; d'où il suit que l'arrêt a fausement appliqué l'article 1156 du Code civil et a violé les articles 1134 et 2015 du même code, et que, d'autre part, en tous cas, une convention n'ayant d'effet qu'entre les parties contractantes, l'arrêt a également violé les articles 1134, 1165 et 2015 du Code civil, en prétendant restreindre la portée de l'acte d'aval du 13 décembre 1977 régissant les rapports des époux X... et de la Compagnie générale de caution, à l'aide d'un autre contrat du 21 août 1975 conclu entre la société Stimat et la Compagnie générale de caution -voire des simples pourparlers entre ces mêmes personnes

effectués fin novembre-début décembre 1977- lesquels ne pouvaient avoir aucun effet sur les rapports contractuels subséquents des époux X... et de la Compagnie générale de caution ;

Mais attendu qu'ainsi que l'énonce l'arrêt attaqué, la cour d'appel a recherché quelle avait été la commune intention des parties contractantes plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes de la convention ; que, dans cette recherche, qui ne lui était pas interdite par l'effet relatif des contrats, elle a constaté que l'engagement pris par lesdits époux X..., ainsi que d'autres cautionnements contractés par des tiers concernaient chacun des opérations distinctes effectuées auprès d'une recette régionale des douanes différente ; qu'elle a relevé en outre que c'était pour l'augmentation du montant du " crédit d'enlèvement " concernant la Recette des douanes de Marseille que la caution des époux X... avait été exigée, et que cette augmentation correspondait au montant du cautionnement contracté par eux ; que la cour d'appel a pu déduire de ces constatations que la garantie accordée par les époux X... était limitée à la somme précitée ; d'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;



PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi

---

**Cour de Cassation**  
**Chambre civile 3**  
**Audience publique du 15 décembre 1993**

Sur le moyen unique :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 8 novembre 1990), que Mme Godard, qui avait consenti, le 22 mai 1987, aux consorts Cruz une promesse de vente d'un immeuble, valable jusqu'au 1er septembre 1987, a notifié aux bénéficiaires, le 26 mai 1987, sa décision de ne plus vendre ; que les consorts Cruz, ayant levé l'option le 10 juin 1987, ont assigné la promettante en réalisation forcée de la vente ;

Attendu que les consorts Cruz font grief à l'arrêt de les débouter de cette demande, alors, selon le moyen, que, dans une promesse de vente, l'obligation du promettant constitue une obligation de donner ; qu'en rejetant la demande des bénéficiaires en réalisation forcée de la vente au motif qu'il s'agit d'une obligation de faire, la cour d'appel a ainsi violé les articles 1134 et 1589 du Code civil ;

Mais attendu que la cour d'appel, ayant exactement retenu que tant que les bénéficiaires n'avaient pas déclaré acquérir, l'obligation de la promettante ne constituait qu'une obligation de faire et que la levée d'option, postérieure à la rétractation de la promettante, excluait toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquérir, le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi.