

Introduction au droit français

Droit Privé

Séance n°3: La conclusion d'un contrat

Clara Coursier, LL.M.

Avant-propos

Silence en 1804. En 1804, les codificateurs n'avaient consacré aucune disposition à la conclusion du contrat. On passait en effet d'un battement de cils du non-contractuel au contrat. Il suffisait qu'on soit d'accord sur la chose et le prix et le contrat était formé. En réalité, la doctrine et la jurisprudence ont montré que la conclusion du contrat prenait souvent du temps. L'ordonnance du 10 février 2016 consacre des dispositions aux négociations (Section 1), à l'offre et l'acceptation (Section 2) et à certains avant-contrats (Section 3).

Section 1: Les négociations

Les enjeux de la négociation contractuelle. Le terme « *négociation* » est générique. Il désigne les échanges qui interviennent entre les parties avant qu'elles ne concluent le contrat. C'est une période importante et sensible. Dans certains contrats d'affaires, les négociations posent en effet des problèmes épineux : puis-je faire confiance à mon partenaire ? Dois-je lui révéler certaines informations que je détiens ? Si oui, lesquelles ? Comment m'assurer qu'il n'utilisera pas certaines informations qu'il aura obtenues en négociant avec moi ?

Le Code civil pose un principe de liberté des négociations (§1), un devoir d'information précontractuelle (§2) et une responsabilité pour celui qui utiliserait une information confidentielle (§3).

§1 La liberté des négociations

Le texte. L'article [1112](#) dispose : « *L'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi. En cas de faute commise dans les négociations, la réparation du préjudice qui en résulte ne peut avoir pour objet de compenser la perte des avantages attendus du contrat non conclu* ».

Le texte pose donc le **principe de liberté des négociations**, évoque l'éventualité d'une faute et précise le préjudice indemnisable.

Le principe. Celui qui négocie n'est jamais contraint d'aller jusqu'à la conclusion d'un contrat. Cette solution s'explique par la liberté contractuelle qui comprend la liberté de ne pas conclure le contrat. Il existe donc un lien étroit entre les articles 1112 et [1102](#) du Code civil.

La possibilité d'une faute. Le texte pose que le principe de liberté est tempéré par les exigences de la **bonne foi**, que les négociateurs doivent « *impérativement* » respecter. Le texte indique que le négociateur commettra une faute s'il n'est pas de bonne foi. Ce manquement pourra être constaté dans toutes les phases de la négociation :

- Dans *l'entrée en pourparlers*, manquerait à la bonne foi le négociateur qui prendrait l'initiative d'une négociation ou qui accepterait une telle initiative, sans avoir l'intention, dès l'origine, de conclure.
- Lors du *déroulement des négociations*, commettrait une faute celui qui laisserait croire à son partenaire qu'il envisage toujours la conclusion du contrat, alors que tel ne serait pas le cas ; pourrait aussi constituer une faute le fait de ne jamais proposer de solutions pour trouver une issue.
- Lors de la *rupture des pourparlers*, commettrait une faute celui agirait avec brutalité ou soudaineté. La situation est ici comparable à celle des fiancés. Comme la rupture des fiançailles, le fait de rompre les négociations n'est pas une faute en soi, mais les circonstances dans lesquelles intervient la rupture peuvent révéler une faute.

Le préjudice indemnisable. L'article 1112 ne dit rien sur la nature de la responsabilité encourue mais le Rapport fait au Président de la république indique qu'il s'agit de la **responsabilité extracontractuelle** (*außervertragliche Haftung*), sauf aménagement conventionnel de cette phase de négociation et de sa rupture. En précisant en revanche que l'indemnisation ne « *peut compenser la perte des avantages attendus du contrat non conclu* », le texte consacre la jurisprudence antérieure.

Jurisprudence

Cass. com. 26 novembre 2003, pourvoi n° 00-10243 00-10949: cet arrêt a précisé les contours de la révocation abusive de l'offre et le montant de l'indemnisation.

En l'espèce, la société Manoukian avait ouvert des négociations avec les consorts Wajsfisz en vue de leur racheter des parts sociales. Pendant ces négociations ponctuées de nombreux courriers, de deux projets d'actes, les consorts engagent des tractations avec un tiers. Ils concluent avec lui une promesse de cession d'actions et n'en informent la société Manoukian que 14 jours plus tard, pendant lesquels ils lui affirment que le projet ne peut être finalisé car leur expert comptable est absent. La cour de cassation sanctionne les consorts Wajsfisz pour avoir fait croire à la société Manoukian qu'ils désiraient contracter alors qu'ils avaient signé avec un tiers.

La Cour de cassation considère aussi que, le contrat n'étant pas conclu, la victime ne pouvait pas obtenir réparation pour la perte d'une chance de réaliser des gains escomptés. La solution est parfaitement justifiée puisqu'il n'y a aucun lien de causalité entre la rupture des négociations (toujours possible par principe) et le fait de ne pas réaliser les gains escomptés.

Cette solution a été réitérée par la troisième chambre civile qui a jugé que « *une faute commise dans l'exercice du droit de rupture unilatérale des pourparlers précontractuels n'est pas la cause du préjudice consistant dans la perte d'une chance de réaliser les gains que permettait d'espérer la conclusion du contrat* » (Cass. civ. 3ème, 28 juin 2006; Cass. civ. 3ème, 7 janvier 2009; Cass. com., 18 septembre 2012, n°11-19629 ; Cass. com., 18 septembre 2012).

On mesure par là que la jurisprudence n'indemnise que la réparation de l'intérêt négatif (c'est-à-dire de celui que la victime aurait pu éviter si les pourparlers n'avaient pas été entrepris) mais pas celle de l'intérêt positif (c'est à dire de celui que la victime aurait pu tirer du contrat s'il avait été conclu). En revanche, peuvent être indemnisés : le fait d'avoir raté une autre négociation ; l'éventuelle atteinte à l'image ; les frais exposés pour une négociation inutile.

§2 Le devoir général d'information

Le texte. L'article [1112-1](#) est totalement nouveau. Il existe dans certains domaines des devoirs spéciaux d'information:

- Dans le domaine des ventes immobilières, le vendeur doit informer l'acheteur sur la présence de plomb, d'amiante, d'insectes...
- Dans le droit de la consommation, le professionnel doit délivrer de nombreuses informations au consommateur (C. consom., art. L. 111-1).
- Dans le domaine des contrats d'affaires, celui qui exige un engagement d'exclusivité doit délivrer à son contractant certaines informations (C. com., art. [L. 330-3](#))...

Le législateur a souhaité **généraliser à tous les contrats ce devoir** dans un souci de moralisation de la période pré-contractuelle.

Domaine du texte. Le texte sera l'occasion d'un contentieux nourri car il contient de nombreuses zones d'incertitudes :

L'information est due par « *celui qui connaît une information* ». La position du contractant importe donc peu. Ainsi, dans le contrat de vente, l'information pourra être due par le vendeur, mais aussi par l'acheteur qui détiendrait une information déterminante.

L'information doit être « *déterminante pour le consentement de l'autre* ». Ainsi, les informations secondaires ou accessoires n'ont pas à être révélées. C'est le juge qui fixera la ligne de démarcation entre les informations déterminantes et les autres. Soucieux d'encadrer son office, les rédacteurs de l'ordonnance ont donné certaines précisions :

- de **manière négative**, le devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation. Chacun doit ainsi se renseigner sur la valeur du bien ou du service objet du contrat - Jurisprudence: [Cass. civ. 1ère, 3 mai 2000](#), Affaire Baldus (valeur de photographies); [Cass. civ. 3ème, 17 janvier 2007](#), (vente d'un immeuble).
- de **manière positive**, « *ont une importance déterminante les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties* ». Ces expressions sont larges : par exemple, le fait de savoir que se construit un HLM à proximité de l'immeuble vendu a-t-il un lien « *direct et nécessaire* » avec le contenu du contrat ? Le fait de conclure un contrat commercial alors que l'on sait que le secteur économique s'effondre a-t-il un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ?

L'ignorance du cocontractant doit être légitime et peut tenir aux relations de confiance entre les cocontractants.

- L'adverbe « *légitimement* » montre que, dans certains cas, l'ignorance du contractant sera illégitime. Cela vise les hypothèses où il doit lui-même se renseigner, sans attendre que son contractant lui révèle des informations : cela peut viser la valeur du bien ou du service, des informations qui étaient déjà connues de tous et que le créancier ne pouvait ignorer.
- La référence à la *confiance* suscite elle aussi des incertitudes. Devra-t-on avoir une approche objective, en considérant que certains contrats sont nécessairement des contrats où une certaine confiance existe – *mandat, sociétés, contrats d'intérêt commun* – ou devra-t-on privilégier une approche subjective en sondant chaque situation particulière, indépendamment de la nature du contrat, pour apprécier la nature concrète de la relation entre les cocontractants ? **La confiance pourra ainsi caractériser le consommateur ou le profane qui fait « confiance » à son interlocuteur professionnel.**

La mise en œuvre du texte. L'article 1112-1 donne certaines précisions relatives à sa mise en œuvre.

D'abord, les parties ne peuvent ni limiter, ni exclure ce devoir. On est donc ici en présence d'un **texte d'ordre public**, le principe étant le caractère supplétif de l'ordonnance. Il n'est pas certain que cette impérativité soit bienvenue. Par exemple, alors que l'acheteur d'une société aura indiqué qu'il renonçait à être plus informé (soucieux de conclure vite la vente par exemple), il pourra reprocher à son vendeur de ne pas lui avoir révélé certaines informations.

Ensuite, le texte prévoit que c'est à celui qui prétend qu'une information lui était due de le prouver, à charge pour le débiteur de l'information de prouver qu'il l'a fournie. C'est là une reprise de la jurisprudence qui considère que **c'est au débiteur de l'obligation d'information de prouver qu'il l'a exécutée.**

Enfin, le texte fixe les **sanctions du manquement au devoir d'information**. Il pourra donner lieu à mise en jeu de la responsabilité et à l'annulation du contrat, si l'absence d'information a eu pour effet de vicier le consentement du contractant (*Willensmangel*). Ainsi, lorsque le contrat n'aura finalement pas été conclu et que, ayant négocié longuement, un négociateur découvrirait après coup une information qui lui avait été cachée et qui aurait eu pour conséquence qu'il aurait mis fin aux négociations, il pourra obtenir des dommages et intérêts.

§3 L'utilisation d'informations confidentielles

Le texte. L'article [1112-2](#) dispose que « *celui qui utilise ou divulgue sans autorisation une information confidentielle obtenue à l'occasion des négociations engage sa responsabilité dans les conditions du droit commun* ».

Sa mise en œuvre. Le texte embrasse large puisque sont visées tant les « *utilisations* » que les « *divulgations* ». En revanche, il ne définit pas les « *obligations confidentielles* ». Certaines ne le seront évidemment pas (celles devant nécessairement être fournies à tout futur contractant - des conditions générales de vente (CGV) - ou publiées - informations financières). D'autres le seront plus facilement (savoir-faire, secret de fabrique, plans, stratégie commerciale...). Les négociateurs ont tout intérêt à préciser les documents confidentiels, la durée de la confidentialité et la sanction en cas de manquement par des accords de confidentialité.

Section 2: L'offre et l'acceptation

L'offre (*das Angebot*) et l'acceptation (*die Annahme*) font l'objet de dispositions générales (§1) et des dispositions propres au contrat conclu par voie électronique (§2).

§ 1 Les dispositions générales

Nécessité d'une offre et d'une acceptation. L'article [1113](#) dispose que *« le contrat est formé par la rencontre d'une offre et d'une acceptation par lesquelles les parties manifestent leur volonté de s'engager »*.

Nous allons analyser les notions relatives à l'offre (A) et à l'acceptation (B) applicables en droit français.

A- L'offre (*das Angebot*)

Les articles 1114 à 1117 invitent à distinguer la notion d'offre (1) et son régime juridique (2).



1- La notion d'offre

Les destinataires de l'offre. L'offre n'a pas été définie dans le Code civil. L'article [1114](#) précise seulement qu'elle peut être adressée à une personne *déterminée* (j'offre de te vendre ma maison) ou à des personnes *indéterminées* (publicité par voie d'affichage ou de tracts). On parle alors de **pollicitation** : le simple fait de présenter un produit en vitrine ou de le faire apparaître sur un catalogue vaut offre de vente.

Caractères de l'offre. Pour être qualifiée d'offre et non de simple invitation à entrer en pourparlers, l'offre doit présenter deux caractères :

- **Précision** : Elle doit comprendre les *éléments essentiels (essentialia negotii)* du contrat envisagé et être suffisamment précise pour qu'un simple « oui » suffise à former l'acte envisagé. Cette notion d'éléments essentiels ne sera pas toujours facile à déterminer. Pour les contrats nommés (vente, bail, entreprise...), il suffit de s'en référer aux articles que le Code civil leur consacre. Mais pour les contrats innomés, l'identification pourra être plus délicate. Il faut ici noter que les parties peuvent librement « essentialiser » des éléments qui seraient normalement accessoires.
- **Fermeté** : L'offre doit encore être ferme c'est-à-dire qu'elle doit exprimer « **la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation** ». L'article 1114 reprend ici une formule déjà retenue par la Cour de cassation ([Cass. com., 6 mars 1990](#), pourvoi n° 88-12477). Lorsque l'offre sera assortie de réserves, elle ne sera pas considérée comme « *ferme* ».

2- Le régime juridique de l'offre

Interrogation. La question est de savoir jusqu'à quel moment une offre demeure valable : peut-elle être librement retirée par l'offrant ? disparaît-elle à la suite de certains événements ? Il faut distinguer la rétractation (a) et la caducité (b) de l'offre.

La rétractation de l'offre

Le Code civil envisage deux hypothèses de rétractation de l'offre, selon qu'elle ait ou non « *atteint* » son destinataire.

- **Rétractation de l'offre qui n'a pas atteint son destinataire.** Si l'offre n'a pas encore atteint son destinataire, l'article [1115](#) dispose qu'elle *peut librement être rétractée*. Cette disposition est utile avec l'accélération des modes de communication. Voici une offre de vente qui est adressée par courrier à un destinataire ; l'offrant peut rétracter son offre (par mail, par fax, par téléphone ...) tant que le courrier n'a pas été distribué au destinataire. Il ne subit aucun préjudice puisqu'il n'a pas eu connaissance de l'offre.

- **Rétractation d'une offre reçue par son destinataire.** Si l'offre a atteint son destinataire, elle fait naître en lui la croyance qu'il peut l'accepter. C'est la raison pour laquelle l'article [1116](#) dispose que l'offre « *ne peut être rétractée avant l'expiration du délai fixé par son auteur ou, à défaut, l'issue d'un délai raisonnable* ». En d'autres termes, même si l'offre n'est pas assortie d'un délai, elle doit être maintenue pendant un « *délai raisonnable* », afin de permettre à son destinataire de l'accepter s'il le souhaite. Ce texte impose donc certaines précisions pratiques.

La caducité de l'offre

Le texte. L'article [1117](#) dispose que l'offre est caduque à l'expiration du délai stipulé ou du délai raisonnable. Mais son alinéa 2 dispose qu'il en va de même *en cas d'incapacité (die Unfähigkeit) ou de décès de son auteur*. Le nouvel article du Code civil pose donc que toutes les offres, assorties ou non d'un délai, sont caduques du fait du décès ou de l'incapacité de son auteur.

La pratique. L'article 1117 n'étant pas d'ordre public, l'auteur de l'offre aura tout intérêt à préciser s'il entend que son offre survive à son éventuel décès. Il pourra aussi, pour peu que la situation s'y prête, envisager l'hypothèse du décès du destinataire pour préciser que ses héritiers pourront alors accepter l'offre.

B- L'acceptation (*die Annahme*)

Les articles 1118 à 1122 appelle à distinguer la notion (1) et le régime de l'acceptation (2).



1- La notion d'acceptation

Une acceptation ferme. L'article [1118](#) précise que l'acceptation est la manifestation d'être lié dans les termes de l'offre. L'acceptation doit donc être dépourvue de nuances. C'est l'expression définitive du destinataire de l'offre de conclure le contrat aux conditions proposées. L'acceptation se résume à un seul mot : « *oui* ».

Dès lors, toute acceptation assortie de conditions (« *oui, mais...* ») n'est plus une acceptation mais une *contre-proposition* (*Gegenangebot*). De fait, les positions sont inversées : le destinataire devient offrant. La contre-proposition vaut donc refus de l'offre initiale et proposition d'une nouvelle offre (art. 1118 al. 3 du Code civil).

L'acceptation expresse: le silence

- **Le principe** est que « *le silence ne vaut pas acceptation* » (art. [1120](#) du Code civil). Ainsi, contrairement au célèbre adage, « *qui ne dit mot consent* », qui ne mot ne consent pas en droit. La règle avait été dégagée par la jurisprudence (Cass. civ. 1ère, 16 avril 1996, Bull. civ. I, n°181 : « *le silence ne vaut pas, à lui seul, acceptation* »). Le silence est par nature équivoque : on ne sait pas si celui qui reste silencieux accepte ou refuse l'offre. L'acceptation suppose donc un oui qui peut revêtir différentes formes: un écrit (bon de commande), un geste (on lève la main aux enchères, on tope sur le marché), ou même un comportement (le comportement le plus simple étant le commencement d'exécution du contrat : le commerçant expédie les marchandises qu'on lui a commandées : il accepte l'offre d'achat). En tout état de cause, **l'acceptation doit être extériorisée**.
- **Les exceptions**. L'article 1120 précise que le silence peut valoir acceptation si la loi, les usages, les relations d'affaires ou des circonstances particulières l'imposent. C'est là encore la reprise d'une solution jurisprudentielle ([Cass. civ. 1ère, 24 mai 2005](#); Cass. civ. 1ère, 4 juin 2009; Cass. civ. 1ère, 28 février 2008).

Par exemple: La loi prévoit parfois que le silence gardé par un contractant a pour effet de renouveler le contrat (C. civ., art. 1738, le bail est renouvelé par tacite reconduction lorsque le locataire reste dans les lieux ; C. Ass., art. [L. 112-2](#), al. 2, le silence gardé par l'assureur pendant 10 jours vaut acceptation de l'offre de l'assuré de modifier son contrat). Certains usages agricoles (la vente de cognac notamment) prévoient que le contrat se forme par le silence.

2- Le régime de l'acceptation

Deux textes du code civil envisagent la rétractation de l'offre (a) et son effet (b).

a) La rétractation de l'acceptation

- **Si l'acceptation n'a pas encore atteint l'offrant**, elle peut être rétractée (C. civ., art. 1118, al. 2). C'est le pendant de l'article [1115](#). La justification est la même : tant que l'acceptation n'a pas touché l'offrant, le contrat n'est pas formé et l'acceptation peut être rétractée tant que la révocation touche l'offrant avant qu'il n'ait reçu l'acceptation.
- **Si l'acceptation a atteint l'offrant**, elle ne peut être rétractée que si cette faculté est organisée par la loi ou par le contrat. L'article [1122](#) réserve en effet l'hypothèse des délais de rétractation qui permettent à un contractant ayant accepté une offre de se rétracter. Ce principe s'applique beaucoup en droit de la consommation, notamment dans les ventes à distance ou hors établissement. On mesure alors que l'acceptation se forme progressivement : quand bien même aurait-il accepté l'offre, le consommateur conserve la possibilité de retirer son consentement.

b) L'effet de l'acceptation

Formation du contrat. L'acceptation a pour effet de former le contrat : *« le contrat est formé par la rencontre d'une offre et d'une acceptation par lesquelles les parties manifestent leur volonté de s'engager »* (C. civ., art. [1113](#)). Le Code civil prévoit cependant deux hypothèses particulières : celle des contrats **entre absents** et celle où ont été utilisées des **conditions générales (AGB)**.

Hypothèse des contrats entre absents

Un problème particulier se pose quand celui qui accepte ne le fait pas en présence de l'offrant. On est alors devant un contrat formé entre absents, ou encore contrat par correspondance. La jurisprudence a longtemps hésité pour savoir, en pareille hypothèse, où et quand était formé le contrat. De façon théorique, quatre moments sont envisageables pour dire à quel moment le contrat est formé : *le moment où le destinataire de l'offre accepte*, celui où *il se dessaisit de son acceptation* (il la poste), celui où *l'acceptation est reçue*, celui où *l'offrant en prend connaissance*.

Entre la thèse de l'émission (*die Abgabe*) et celle de la réception (*der Zugang*), la Cour de cassation n'a jamais clairement tranché : en réalité, c'est le juge qui détient un pouvoir souverain d'appréciation (Cass. Civ. 1ère, 21 décembre 1960). La Cour statue, en fonction des conséquences, en faveur de l'une ou l'autre des théories. Elle a ainsi décidé, favorisant la **thèse de l'émission**, que « *faute de stipulation contraire, une convention est destinée à devenir parfaite non par la réception par le pollicitant de l'acceptation de l'autre partie, mais par l'émission par celle-ci de son acceptation* » (Cass. Com., 7 janvier 1981). En revanche, privilégiant la **thèse de la réception** dans le contentieux du bail, elle juge « *en cas d'exercice de son droit de préemption par le preneur à bail rural, la formation du contrat de vente est subordonnée à la connaissance de l'acceptation de l'offre par le pollicitant* » (Cass. civ. 3ème, 16 juin 2011).

Le nouvel article [1121](#) tranche définitivement cette incertitude : « *le contrat est conclu dès que l'acceptation parvient à l'offrant. Il est réputé l'être au lieu où l'acceptation est parvenue* ». **La thèse de la réception est donc consacrée** : c'est lorsque l'offrant reçoit la réception de l'acceptation que les deux parties savent, l'un et l'autre, que deux volontés coexistent.

Hypothèse d'un recours aux conditions générales

Très souvent, les contrats se forment aujourd'hui par l'échange de conditions générales. L'article [1119](#) est consacré à cette hypothèse.

Il pose d'abord que les conditions générales doivent **être portées à la connaissance de l'autre partie et être acceptées par elle**. Très souvent, les conditions générales figurent sur des documents qui sont édités postérieurement à l'accord (facture, bons de livraisons). En ce cas, elles ne pourront pas être invoquées par leur rédacteur, sauf à ce qu'il démontre qu'elles avaient été préalablement acceptées.

Il pose ensuite qu'en cas de discordance des conditions générales invoquées par l'une et l'autre des parties, les **clauses incompatibles sont sans effet**.

§2 Les dispositions propres au contrat conclu par voie électronique

Origine des dispositions. La loi du 21 juin 2004 sur la confiance dans l'économie numérique (LCEN) a inséré dans le Code civil certaines dispositions qui intéressent la conclusion des contrats sur internet.

Ces dispositions ont été reprises aux articles 1125 à 1127-6 du Code civil.

Processus progressif de formation du contrat. L'article [1127-2](#) dispose que « *le contrat n'est valablement conclu que si le destinataire de l'offre a eu la possibilité de vérifier le détail de sa commande et son prix total, et de corriger d'éventuelles erreurs, avant de confirmer celle-ci pour exprimer son acceptation. L'auteur de l'offre doit accuser réception sans délai injustifié, par voie électronique, de la commande qui lui a été adressée. La commande, la confirmation de l'acceptation de l'offre et l'accusé de réception sont considérés comme reçus lorsque les parties auxquelles ils sont adressés peuvent y avoir accès* ».

Le but de ce texte est de retarder la formation du contrat et d'empêcher qu'un internaute se trouve lié sans l'avoir voulu ou sans en avoir pris conscience. Il y a ainsi un véritable « *processus* » de formation du contrat qui doit passer par **4 étapes** : l'offre faite par le professionnel : elle doit être accompagnée de nombreuses informations visées à l'article [1127-1](#) ; la commande établie par le destinataire de l'offre ; la confirmation de cette commande (double clic) après correction d'éventuelles erreurs ; l'accusé réception de la confirmation de la commande.

Incertitude sur la date de formation du contrat. Ce schéma n'est guère éclairant quant à la date de formation du contrat.

Si l'on privilégie l'article 1127-2, alinéa 1, on peut penser que le contrat est formé dès la confirmation de l'acceptation par l'internaute (ce serait alors la théorie de l'émission qui serait consacrée) ; en revanche, si l'on tient compte de l'alinéa 3, le contrat n'est formé que lorsque l'offrant a accès à la confirmation... confirmant ainsi la thèse de la réception.

On le voit, la loi n'est d'aucun secours et, pire, elle complique l'analyse avec la question de la détermination du moment auquel les parties peuvent avoir accès aux informations qui leur sont destinées.

Section 3: Les avant-contrats

Diversité des avant-contrats et vision parcellaire de l'ordonnance. Il est des hypothèses où les négociations sont encadrées par des accords de négociation. On parle pour les décrire d'avant-contrats puisqu'ils préparent le contrat définitif. Ces avant-contrats sont très nombreux et recouvrent des hypothèses diverses : **accord de principe** par lequel les parties ne se mettent d'accord que sur un principe et s'engagent à négocier de bonne foi pour y parvenir ; **pacte de préférence** par lequel une partie s'engage à contracter avec une autre, par préférence à toute autre personne, au cas où elle se déciderait à contracter ; **promesse** par laquelle une partie (promesse unilatérale) ou les deux parties (promesse synallagmatique) s'engage(nt) à contracter. Le Code civil n'évoque que deux avant-contrats et l'on peut regretter qu'une vision plus large n'ait pas été adoptée par les rédacteurs de l'ordonnance.

§1 Le pacte de préférence

Définition. Le pacte de préférence est « *le contrat par lequel une partie s'engage à proposer prioritairement à son bénéficiaire de traiter avec lui pour le cas où elle se déciderait de contracter* ».

Les pactes de préférence sont souvent insérés dans des baux (au cas où le bailleur se décide à vendre, il s'engage à proposer l'immeuble au locataire) ou dans les statuts de société (au cas où un associé décide de vendre ses parts, il les proposera par priorité à ses associés).

Sanction de la violation du pacte. Que se passe-t-il lorsque le débiteur de préférence méconnaît son engagement et contracte avec un tiers ? La jurisprudence retenait que le créancier de préférence ne pouvait substituer le tiers que s'il démontrait que ce tiers avait connaissance du pacte et de son intention de s'en prévaloir. Cette solution était généralement critiquée par la doctrine qui considérait qu'il serait bien difficile au créancier de préférence de démontrer que le tiers connaissait (1) l'existence du pacte et (2) l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir.

Cette solution a pourtant été consacrée par l'ordonnance : le principe est que le bénéficiaire du pacte de préférence ne peut obtenir que des dommages et intérêts s'il démontre que le tiers avait connaissance de l'existence du pacte et de son intention de s'en prévaloir, alors il pourra solliciter la substitution dans les droits du tiers et/ou l'annulation du contrat conclu avec le tiers (C. civ., art. [1123](#) al. 2).

Possibilité d'une action interrogatoire. Afin de faire cesser une situation d'incertitude, l'article 1123 al. 3 et 4 a créé une action interrogatoire. Le tiers qui envisage de conclure un contrat et qui présume qu'une personne pourrait bénéficier d'un droit de préférence peut l'interroger à ce sujet sur l'existence du pacte et sur son intention de s'en prévaloir.

Cette action interrogatoire doit être faite par écrit, doit laisser au destinataire un délai raisonnable pour répondre et doit lui préciser que, à défaut de réponse, il ne lui sera plus possible de solliciter la substitution dans le contrat ou sa nullité. Seuls des dommages et intérêts seront donc envisageables. Cette disposition sera sans doute fréquemment utilisée par les notaires pour purger les droits de préemption et de préférence auxquels ils sont souvent confrontés.

§2 La promesse unilatérale

Définition. La promesse unilatérale est un contrat par lequel une personne, le promettant, promet à une autre qui accepte cette promesse, le bénéficiaire, de contracter au cas où elle lève l'option qui lui est consentie avant un certain délai. Par exemple, A promet à B de lui vendre son immeuble au cas où B accepte de l'acheter (lève l'option) avant le 1er juillet 2020. On mesure donc que A a définitivement consenti à la vente et que B reste libre de lever, ou non, l'option.

L'article 1124 du Code civil conduit à faire certaines précisions :

- On parle souvent de promesse unilatérale de vente, mais le texte a vocation à s'appliquer à tout contrat (promesse de bail, promesse de prêt...).
- La promesse confère un « *droit d'opter* » à son bénéficiaire. Encore faut-il que cette liberté d'option soit réelle. Très souvent, le bénéficiaire verse au promettant une somme appelée « *indemnité d'immobilisation* » en contrepartie de l'immobilisation de l'immeuble pendant le délai de l'option : si l'option est levée, cette indemnité s'impute sur le prix ; si elle ne l'est pas, elle reste acquise au promettant.
- L'article ne dit rien sur le délai de l'option. Le plus souvent, le délai sera conventionnellement fixé. En l'absence de délai stipulé, la promesse reste valable mais il faut, pour se libérer, que le promettant mette en demeure le bénéficiaire de lever l'option dans un délai raisonnable.

Hypothèse de la révocation de la promesse par le promettant. Que décider si le promettant retire sa promesse pendant le délai de l'option ?

Avant la réforme, la jurisprudence avait décidé que « *la levée de l'option par le bénéficiaire de la promesse postérieurement à la rétractation du promettant excluant toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquérir, la réalisation forcée de la vente ne peut être ordonnée* » (Cass. civ. 3ème, 11 mai 2011, n°10-12875). L'exécution de la promesse était impossible et le promettant ne s'exposait qu'au paiement de dommages et intérêts. Pour faire échec à cette jurisprudence, les parties à la promesse unilatérale pouvaient cependant inclure une clause prévoyant l'exécution forcée de la cession en cas de rétractation du promettant (Cass. 3e civ., 27 mars 2008, no 07-11.721).

L'alinéa 2 du texte restaure l'efficacité des promesses unilatérales. La rétractation du promettant est désormais privée d'effet : même si cette rétractation intervient avant la levée de l'option, le bénéficiaire pourra requérir l'exécution forcée de la cession si cette levée est intervenue dans le délai prévu par les parties. Rien n'empêche cependant les parties de prévoir une clause par laquelle elles renoncent au bénéfice de ce texte et décident que l'éventuelle révocation de la promesse ne sera sanctionnée que par des dommages et intérêts.

On mesure donc la distinction très nette entre la sanction de la rétractation du promettant et celle d'une révocation prématurée d'une simple offre de contracter, qui ne peut donner lieu qu'au versement de dommages-intérêts au profit du destinataire de l'offre.

Hypothèse d'un contrat conclu par le promettant en violation de la promesse. L'alinéa 3 dispose que « *le contrat conclu en violation de la promesse unilatérale avec un tiers qui en connaissait l'existence est nul* ». Certains auteurs estiment toutefois que l'automatisme de la nullité est inopportun puisque, selon eux, la nullité ne devrait être encourue que lorsque le bénéficiaire de la promesse a effectivement levé l'option qui lui avait été concédée ou entendait réellement le faire. Lui permettre de solliciter l'annulation alors qu'il n'a pas levé l'option ou ne souhaitait pas le faire lui confère **un véritable moyen de pression sur le tiers et le promettant**. Ces auteurs craignent alors que le bénéficiaire n'exerce un véritable « *chantage* » à la nullité, hypothèse qui pourra notamment se manifester dans les promesses portant sur des droits sociaux.