UNIVERSITÉ DE STRASBOURG

ÉCOLE DOCTORALE DROIT, SCIENCE POLITIQUE ET HISTOIRE 101

EA 1351 Centre de droit privé fondamental

THÈSE présentée par :

Radu STANCU

soutenue le : **01 septembre 2015**

pour obtenir le grade de : **Docteur de l'Université de Strasbourg**

Discipline/ Spécialité : Droit privé

L'ÉVOLUTION DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE DANS LA PHASE PRÉCONTRACTUELLE

Comparaison entre le droit civil français et le droit civil roumain à la lumière du droit européen

THÈSE dirigée par :

Madame D'AMBRA Dominique Professeur, Université de Strasbourg

RAPPORTEURS :

Madame ULIESCU Marilena Professeur, Université « Ecologica », Bucarest

Monsieur BIRSAN Corneliu Professeur, Université de Bucarest, Bucarest

---

AUTRES MEMBRES DU JURY :

Madame SCHMIDT Joanna Professeur émérite, Université de Strasbourg

À mes parents

Remerciements

Mes remerciements s'adressent à Madame le Professeur Dominique D'AMBRA, mon directeur de thèse, pour un soutien précieux, ses conseils et son aide à réaliser cette thèse.

SOMMAIRE

(*Une table des matières détaillée figure à la fin de cette thèse*)

PREMIÈRE PARTIE

L'évolution de la responsabilité civile dans la phase de négociation libre

TITRE PREMIER ***Les principes gouvernant la phase précontractuelle libre***

Chapitre I L'autonomie de la volonté

Chapitre II La bonne foi précontractuelle

TITRE DEUXIÈME ***La négociation libre du contrat source de la responsabilité civile précontractuelle de nature délictuelle***

Chapitre I Le préjudice précontractuel

Chapitre II La faute précontractuelle

Chapitre III Le lien de causalité dans la phase précontractuelle

DEUXIÈME PARTIE

L'évolution de la responsabilité civile dans la phase de négociation organisée

TITRE PREMIER ***Caractérisation de la phase de négociation organisée du contrat***

Chapitre I L'approche comparative de la phase libre et la phase organisée

Chapitre II Les principes régulateurs de négociation organisée du contrat

TITRE DEUXIÈME ***Les avant-contrats origine de la responsabilité civile précontractuelle de nature contractuelle***

Chapitre I Les promesses de contracter

Chapitre II Le contrat-cadre

Chapitre III Les autres avant-contrats

LISTE DES ABRÉVIATIONS

A. J.	Actualité jurisprudentielle
a.C.civ.ro.	Ancien Code civil roumain
ACQP	Les principes de l'acquis communautaire
adde	Ajouter
aff.	affaire
AJD	Actualité juridique Dalloz
AJPI	Actualité juridique de la propriété immobilière
al.	alinéa
AN	Assemblée nationale
Ann. CEDH	Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme
Ass. plén.	Assemblée plénière
APD	Archives de philosophie du droit
app.	appendice
arr.	arrêté
art.	article
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation : chambres civiles
Bull. com.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation : chambre commerciale et financière
Bull. soc.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation : chambre sociale
Bull. Joly	Bulletin Joly (mensuel d'information des sociétés)
B2B	business to business (professionnel à professionnel)
C.	Code
C. des assurances	Code des assurances
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce

C. consom.	Code de la consommation
C. pén.	Code pénal
C. pr. civ.	Code de procédure civile
C. pr. pén.	Code de procédure pénale
C. urban	Code urban
C. A.	Cour d'appel
Cass.	Cour de cassation
Cass. 1er civ., 2e civ., 3e civ.	arrêt d'une chambre civile de la Cour de cassation
Cass. ass. plén.	arrêt de la Cour de cassation, assemblée plénière
Cass. ch. mixte	arrêt d'une chambre mixte de la Cour de cassation
Cass. ch. Réunies	arrêt des chambres réunies de la Cour de cassation
Cass. crim.	arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation
Cass. req.	arrêt de la chambre des requêtes de la Cour de cassation
Cass. soc.	arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation
CE	Conseil d'État
CE	Communautés européennes
CECL	Commission on European contract law
CEDH	Cour européenne des droits de l'Homme
CEE	Communauté économique européenne
chron.	Chronique
CIJ	Cour internationale de justice
CJCE	arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes
col.	colonne
coll.	collection
comp.	comparé
compl.	complété
conf.	conforme
Const.	Constitution
Cont., conc., concom. (ou CCC)	Contrats, concurrence, consommation

LISTE DES ABREVIATIONS

Conv. EDH	Convention européenne des droit de l'Homme
CVIM	Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandies
C2C	customer to customer (consommateur à consommateur)
D.	Décret
D.	recueil Dalloz-Sirey
D. aff.	Recueil Dalloz, édition « *affaires* » (1995-1999)
Dal. aff.	Dalloz affaires (1995-1999)
DCFR	l'Avant-projet du Cadre Commun de Référence
DDHC	Déclaration des droits de l'homme et du citoyen
déc.	Décision
Defrénois	Répertoire du notariat Defrénois
dir.	sous la direction de
doctr.	Doctrine
DPCI	Droit et pratique du commerce international
Dr. et patrimoine	Droit et patrimoine
éd.	Editeur/rédacteur
et a.	et autre(s)
et s.	et suivantes
fasc.	fascicule
GAJ civ.	Grands arrêts de la Jurisprudence civile
GAJ com.	Grands arrêts de la Jurisprudence commerciale
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
J.-Cl. (civ., com., pén.,…)	Juris-classeur de droit civil, de droit commercial de droit pénal, …
JCP	Juris-classeur périodique (Semanie juridique)
JCP E	La Semaine juridique – Entreprise et affaires
JCP G	La Semaine juridique – Edition générale
JCP N	La Semaine juridique – Notariale et immobilière
JO	Journal officiel : Lois et décrets

LISTE DES ABREVIATIONS

L.	Loi
loc. cit.	loco citato
JORF	Journal officiel de la Républiqe française
JOUE	Journal officiel de l'Union européenne
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA	Les Petites Affiches
M.O.	Moniteur officiel
n.	note
NBDP	note de bas de page
n.C.civ.ro.	Nouveau Code civil roumain
obs.	Observation, commentaires doctrinaux
op. cit.	opere citato
O.U.G.	Ordonnance d'urgence du Gouvernement
p.	page
PA	Petites affiches
PDEC/PECL	Principes de droit européen
PE	Parlement européen
PEL	Principe de droit européen
RCDIP	Revue critique de droit international privé
RDIP	Revue du droit international privé
Rép. (civ., com., communautaire, cont.)	Répertoire Dalloz : de droit civil, de droit commercial, de droit communautaire
Rép. Defrénois	Répertoire du notariat Defrénois
RID comp. (ou RIDC)	Revue internationale de droit comparé
RJ com.	Revue de jurisprudence commerciale
RJDA	Revue de jurisprudence commerciale
RRD	Revue roumaine de droit
principes UNIDROIT	Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international 2010
RRJ	Revue de recherche juridique. Droit prospectif

RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique
s.	suivant
Somm.	Sommaire
spéc.	spécialement
ss.	sous
ss-sect.	sous-section
supra	ci-dessus
t.	tome
T. civ.	Tribunal civil
T. com.	Tribunal de commerce
TGI	Tribunal de grand instance
TLPE	Principes de droit européen de la responsabilité civile
T.S. (sec.civ.)	Tribunal Suprême (section civile)
UE	Union Européenne
UNIDROIT	Institut International pour l'Unification du Droit Privé
V.	voir
vol.	volume

Introduction

« *Rien ne pose tant d'obligation à l'individu que la liberté.* »[1]

La thèse se veut une continuation de la tradition civiliste franco-roumaine qui est imprégnée des principes de liberté et d'égalité. L'objet de cette étude est d'analyser l'évolution récente du droit civil français et roumain de la responsabilité civile au cours de la période précontractuelle, de les comparer, et cela à la lumière de nouveau Code civil roumain et des projets d'harmonisation et de réforme du droit français et européen.

Par le terme « *comparaison* », on a voulu mettre l'accent sur les tendances doctrinales et sur des « *préoccupations comme l'amélioration du droit national, l'unification juridique interne, internationale ou simplement la volonté de dégager le fond commun de l'humanité civilisée* »[2].

Notre but ne se résume pas à exposer les notions comparées. Il est de faire ressortir les rapports existant entre les deux systèmes nationaux à travers le prisme des projets d'harmonisation du droit européen. Pour arriver à cela, nous nous appuyons sur une méthode comparative qui « *consiste dans l'ensemble des démarches et de procédés, s'enchaînant selon une suite rationnelle, destinés à amener l'esprit juridique à constater et à saisir, par un processus ordonné, méthodique et progressif, de confrontation et de comparaison, les ressemblances, les différences et leurs causes, c'est-à-dire finalement à dégager les rapports existants entre les structures et les fonctions des termes à comparer appartenant à des ordres juridiques différents* »[3].

---

[1] V. Kaléb, « Un escalier et rien de plus », *in Novele*, éd. Nakl, Zavod, Hrvatske, Zagreb, 1946.

[2] J.-L. Constantinesco, *Traité de droit comparé. Introduction au droit comparé*, t. I, LGDJ, Paris, 1972, p. 167.

[3] L.-J. Constantinesco, *Traité de droit comparé. La méthode comparative*, t. II, LGDJ, Paris, 1974, p. 24.

Plus concrètement, nous allons procéder à une comparaison horizontale[4] basée sur quatre éléments. Premièrement, l'étude s'inscrit dans une démarche systématique et rationnelle divisée en fonction de type de responsabilité civile qui s'engage (délictuelle et contractuelle). Deuxièmement, cette démarche a pour but l'analyse de rapports existants, c'est- à-dire les ressemblances et les dissemblances entre la formation du contrat et la responsabilité civile dans le droit français et roumain. Ensuite, troisième élément, nous allons déterminer les particularités juridiques de chaque système national. Enfin, nous allons souligner le rôle de l'harmonisation du droit européen dans le droit positif français et roumain, deux ordres juridiques différents.

Compte tenu de la globalité du sujet, l'étude ne se limite qu'aux aspects juridiques. La complexité de la conclusion d'un contrat nous a ainsi déterminés à avoir une approche horizontale. Elle comporte donc plusieurs dimensions d'ordre philosophique, économique et psychologique. En tâchant de ne pas s'éloigner du sujet analysé, on a suivi une démarche dynamique qui a le but de présenter toutes les facettes de la responsabilité civile dans la phase précontractuelle.

D'une manière générale, on peut diviser la sphère contractuelle en trois étapes : le processus de la formation et de la conclusion du contrat, l'exécution du contrat et l'étape succédant au contrat. Ou, plus concrètement, la période précontractuelle, la période contractuelle et celle qui est post-contractuelle. Notre analyse ne se résume qu'à l'étude de la première phase, la phase précontractuelle.

Le contrat est un terme juridique qui vient du latin « *convenire* » et qui exprime « *venir ensemble* », se mettre d'accord sur des échanges de biens et de services. Ainsi, « *la caractéristique fondamentale du contrat est l'existence d'un accord* »[5]. Toutefois, pour arriver

---

[4] « *La comparaison est horizontale lorsqu'elle est synchronique, c'est-à-dire lorsqu'elle met en présence des ordres juridiques rapprochés dans le temps mais éloignés dans l'espace. L'écart spatial entre les ordres juridiques mis en présence par la comparaison n'a aucune importance […]. La comparaison est verticale, lorsqu'elle est diachronique, c'est-à-dire lorsqu'elle met en présence des ordres juridiques éloignés dans le temps* », *Ibidem*, p. 42.

[5] J. Schmidt-Szalewski, « La période précontractuelle en droit français », *RID comp.* 2/1990, p. 545.

à un accord, les parties doivent harmoniser leurs volontés. C'est lors de la période précontractuelle que les parties vont « *calibrer* » leurs attendes et demandes.

En effet, au cours de cette période, « *qui s'étend de la simple manifestation de l'intérêt de contracter jusqu'aux avant-contrats les plus proches du contrat projeté* »[6], les parties sont libres de négocier comme elles le veulent, mais sans causer un dommage à leur partenaire. Il y a un lien qui se crée entre les parties et qui ne peut être rompu que conformément au principe de la bonne foi. En réalité, la période de formation de contrat se caractérise par un déclin relatif de la liberté proportionnel à la progression des négociations.

D'ailleurs, nous trouvons que la phase précontractuelle est la situation *expressis verbis* dans laquelle l'autonomie de la volonté des parties et leur devoir de bonne foi s'expriment avec une particulière vigueur.

L'autonomie de la volonté est le principe qui domine le droit des contrats. Ayant comme principale source la philosophie individualiste[7] des lumières du XVIIIe siècle et le libéralisme économique[8], la théorie de l'autonomie de la volonté proclame la liberté contractuelle, la force obligatoire du contrat et l'effet relatif du contrat[9].

Au state de la conclusion du contrat, l'autonomie de la volonté a une dimension de fond et de forme[10].

En premier lieu, sur le fond, elle se manifeste d'abord par la liberté de contracter ou de ne pas contracter. En effet, aucune partie n'est obligée de conclure un contrat et chacune peut

---

[6] D. Mazeaud, « Mystères et paradoxes de la période précontractuelle », *in Études offertes à Jacques Ghestin. Le contrat au début du XXIe siècle*, LGDJ, Paris, 2001, p. 637, n° 2.

[7] « *[…] l'homme étant un être libre, il ne peut être soumis à des obligations autres que celles qu'il a voulues ; libre de s'engager sans contrainte, il ne l'est que dans la mesure où il l'a voulu* », P. Malinvaud, D. Fenouillet, M. Mekki, *Droit des obligations*, 13e éd., LexisNexis, Paris, 2014, p. 59, n° 76.

[8] « *[…] le libre jeu des volontés individuelles ne peut que réaliser la justice* » et « *[…] assure l'équilibre économique et la prospérité générale* », F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, 11e éd., Dalloz, Paris, 2013, p. 33, n° 22.

[9] *Ibidem*, p. 33 et s.

[10] *Ibid*., p. 33, n° 24.

refuser d'entrer en relation contractuelle avec l'autre partie. Leur refus n'est que l'expression de la liberté contractuelle de ne pas conclure un contrat. Ensuite, il appartient au libre arbitre des parties de déterminer à quoi elles s'obligent. Enfin, les parties ont la liberté de choisir leur cocontractant. Cependant, à la lumière du principe de non-discrimination prévu par l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme[11], « *il n'est donc plus tout à fait exact de proclamer que chacun est libre de choisir son cocontractant* »[12].

En second lieu, sur la forme, l'autonomie de la volonté appelle le principe du consensualisme. Ainsi, seulement le consentement des parties suffit pour les lier (*solus consensus obligat*), sans d'être besoin à respecter une certaine forme.

Pourtant, en pratique, il y a un développement du formalisme direct, c'est-à-dire que les contrats sont soumise à la forme écrite à peine de nullité, et indirecte, dans le sens que le formalisme poursuit des fins particulières et n'est pas exigé à peine de nullité (par exemple, la formalité de l'enregistrement)[13].

En plus de la liberté contractuelle et du consensualisme, nous pouvons constater que, découlant de l'autonomie de la volonté, un autre principe s'applique à la phase précontractuelle. C'est le principe de la liberté de négocier. Il donne aux parties la liberté d'entamer des négociations, de les poursuivre et de mener des pourparlers parallèles, et même de les interrompre à tout moment. Au cours de la première partie de la thèse, nous allons nuancer ce principe et on essaiera de l'affirmer en tant qu'une notion indépendante de la liberté contractuelle qui a ses propres attributs juridiques.

Classiquement, le contrat se fonde exclusivement sur l'autonomie de la volonté des parties qui repose à son tour sur la liberté naturelle des hommes. De la liberté naturelle

---

[11] L'art. 14 de la Conv. EDH (« *Interdiction de discrimination* ») : « *La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation* ».

[12] P. Malinvaud, D. Fenouillet, M. Mekki, *op.cit.*, p. 64, n° 82.

[13] *Ibidem*, p. 63, n° 81.

découlent toutes les obligations que les parties ont voulu s'imposer. *A contrario*, elles ne peuvent pas être assujetties à des obligations auxquelles elles n'ont pas consenti.

Étant aussi à la base de l'économie libérale, l'autonomie de la volonté permet aux parties de conclure le contrat dans les plus justes et les plus utiles conditions. Le libre jeu des échanges d'offres et de demandes assurent le maximum de production, les prix les plus bas et, par conséquent, la prospérité, l'équilibre économique et, d'une manière générale, l'utilité sociale[14].

Cependant, la doctrine moderne conteste l'autonomie de la volonté en tant que principe fondamental de la conclusion du contrat[15]. Les auteurs trouvent ce principe ambigu et y voient un pouvoir souverain parallèle et concurrent à la loi et à l'intérêt général.

Dans l'esprit des rédacteurs du Code civil français, les normes qui régissent la validité et les effets des conventions sont fondées sur l'équité, la justice, le droit naturel, la raison[16]. Les limites à l'autonomie de la volonté, l'exigence d'une cause dans l'obligation, le respect de l'ordre public et des bonnes mœurs, sont perçus également comme des limites naturelles. Il résulte donc du texte du Code civil que la volonté des parties est la source unique des obligations.

L'autonomie de la volonté présentée en tant que tel crée l'image d'un homme isolé. Pourtant, cette représentation est erronée. « *L'homme vit en société nécessairement* »[17] en étant un *homo socialis* et il doit en conséquence se soumettre aux règles de la « *polis* » (« *cité* »). Dans ce paradigme, la volonté a pour rôle d'aménager les rapports d'interdépendance entre les

---

[14] J. Flour, J.-L. Aubert, E. Saveaux, *Droit civil. Les obligations. 1. L'acte juridique*, 15e éd., Sirey, Paris, 2012, p. 84, n° 98.

[15] J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, « La formation du contrat. Le contrat – Le consentement », *in* J. Ghestin (*dir.*), *Traité de droit* civil, t. I, 4e éd., LGDJ, Paris, 2013, p. 159 et s. ; J. Ghestin, « Le contrat en tant qu'échange économique », *Revue d'économie industrielle*, vol. 92, 2000, p. 81 ; J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *op.cit.*, p. 87 ; B. Starck, H. Roland, L. Boyer, *Droit civil. Les obligations. 2. Contrat*, 6e éd., Litec, Paris, 1998, p. 7 et s..

[16] Bigot-Prémeneau, *Présentation au Corps législatif et exposé des motifs*, *in* P. A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires de Code civil*, t. 13, Videcoq, Paris, 1836, p. 215.

[17] B. Starck, H. Roland, L. Boyer, *op.cit.*, p. 7, n° 19.

membres de la société et le contrat d'être l'interface entre les volontés. Ce rôle est possible que dans un cadre que la loi définit. Le contrat sera ainsi « *une sorte de microcosme* »[18] où chaque partie est motivée et travaille pour satisfaire les buts individuels et ainsi l'intérêt général.

Toutefois, le temps a montré que les parties profitent de leurs positions fortes, viciant ainsi l'intérêt général. Même si la volonté doit être libre, elle ne peut pas être souveraine. En effet, l'autonomie de la volonté reste le principe qui dirige le contrat, mais « *elle doit être restreinte par un règlement impératif là où il apparaît qu'elle n'ajuste pas bien les intérêts particuliers entre eux ou qu'elle ne les coordonne pas à l'intérêt général* »[19].

La doctrine a développé et proposé de nouvelles théories de la formation du contrat, qui ont été inspirées par divers systèmes économiques et philosophique et qui s'opposent au « *dogme de l'autonomie de volonté* »[20]. La loyauté apparaît comme le leitmotiv de ces nouvelles théories qui témoigne d'une évolution de la notion de bonne foi contractuelle.

Au cours de la deuxième moitié du XXème siècle, le centre de gravité de la théorie du droit dans les systèmes occidentaux s'est déplacé des systèmes civilistes français et allemand vers le système américain[21]. Les doctrines française et allemande, après leur rôle de phares mondiaux[22], ont progressivement vieilli dans un positivisme qui a été qualifié d'« *anti-théorique* »[23]. Richard Posner prédit même que le temps du droit en tant que discipline

---

[18] R. Demogue, *Traité des obligations en général*, t. VI, Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1932, p. 457.

[19] J. Flour, J.-L. Aubert, E. Saveaux, *op.cit.*, p. 91, n° 109.

[20] M. Cumyn, *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité : étude historique et comparée des nullités contractuelles*, LGDJ, Paris, 2002, p. 134.

[21] M. Ugo, « Why the Wind Changed: Intellectual Leadership in Western Law », *American Journal of Comparative Law*, 4/1994, p. 195-218.

[22] A.-J. Arnaud, *Les juristes face à la société du XIXe siècle à nos jours*, PUF, Paris, 1975.

[23] A.N. Hatzis, *The Anti-Theoretical Nature of Civil Law Contract Scholarship and the Need for an Economic Theory*, rapport, SSRN, 2000, p. 10.

autonome, isolée des sciences sociales, est compté[24]. Dans ce contexte, les notions de néolibéralisme, d'utilitarisme et de solidarisme méritent d'être explicitées.

En étant la somme de toute l'expression de la philosophie libérale anglo-américaine, le contrat représente la volonté des parties, considérées comme des êtres libres, égaux et responsables. Le contrat, une fois conclu, va instituer un ordre entre les cocontractants qui ne sera pas contraire à l'ordre public et le juge n'aura pas de motif d'intervenir dans sa formation ou son contenu.

Ainsi, le néolibéralisme peut être caractérisé comme l'expression du droit subjectif. En effet, il donne aux parties une liberté presque absolue dans la formation et conclusion du contrat. La volonté des parties est la seule et unique source d'obligations et la loi a seulement le rôle de procurer aux particuliers les moyens d'exercer au mieux leur liberté.

Toutefois, l'évolution du droit positif et les nouvelles perceptions des relations contractuelles ont conduit la doctrine à affirmer que « *l'autonomie de la volonté ne pouvait être absolue* »[25].

Aujourd'hui, il est admis par une partie de la doctrine que la force obligatoire du contrat ne réside pas dans la volonté des parties, mais dans le droit objectif[26]. L'accord des volontés, dans cette structure de pensée, est la procédure nécessaire de la formation du contrat mais ce n'est pas la volonté qui justifie la force obligatoire[27]. Elle se limite seulement à être la procédure spécifique de création d'effets de droit[28].

---

[24] R.A. Posner, « The Decline of Law as an Autonomous Discipline : 1962-1987 », *Harvard Law Review*, vol. 100, 1987, p. 761-780.

[25] J. Ghestin, « Le contrat en tant qu'échange économique », *Revue d'économie industrielle*, vol. 92, 2000, p. 87.

[26] « *[…] le contrat a force obligatoire parce que le droit objectif lui confère un tel effet juridique, et il ne peut le faire que parce que l'intérêt général […] impose en matière contractuelle, au premier degré, l'utilité sociale du contrat, et, au second degré, la justice contractuelle, facteur d'harmonie sociale* », J. Ghestin, « L'utile et le juste dans les contrats », *Archive philosophique du droit*, t. 26, Sirey, Paris, 1981, p. 35.

[27] J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, « La formation du contrat. Le contrat – Le consentement », *in* J. Ghestin (*dir.*), *Traité de droit civil*, t. I, 4e éd., LGDJ, Paris, 2013, p. 193, n° 254.

[28] J. Ghestin, « Le contrat en tant qu'échange économique », *loc.cit.*, p. 87.

INTRODUCTION

D'après la théorie de Kelsen la convention aura une force obligatoire si une norme d'un degré supérieur autorise les parties à créer une norme d'un degré inférieur[29]. M. Ghestin a traduit cette théorie en disant que « *le législateur, conformément au droit objectif qui le dépasse, ne devrait sanctionner le contrat que parce qu'il est utile et à la condition qu'il soit juste* »[30] ou, autrement dit, le contrat n'a pas de force obligatoire que s'il est utile et juste.

Étant donné que l'utile et le juste sont de plus en plus rencontrés dans le droit positif, ces notions doivent être présentées.

En première lieu, l'utilité est comprise classiquement de manière abstraite[31] résidant dans l'intangibilité du contrat et, par conséquence, de sécurité pour le créancier. De nos jours, l'utilité, conception concrète, est réciproque pour les parties car le contrat est perçu comme l'instrument qui facilite l'échange de richesses ou de services.

Le terme « *utilité* » peut avoir deux sens[32]. Dans un premier temps, il pourrait signifier l'utilité particulière à l'une des parties et, dans un deuxième temps, il pourrait désigner l'utilité publique très proche de l'intérêt général[33].

D'une manière générale, le contrat est un instrument d'échanges, utile à la société. C'est à ce titre que le législateur le sanctionne et qu'il intervient pour contrôler les abus qu'il peut engendrer. Cependant, il est utile et nécessaire d'attribuer des effets juridiques à l'accord de volontés, afin que les parties réglementent avec un maximum de liberté leur accord. Ce qui ne veut pas dire toutefois que l'autonomie de volonté soit sans limite[34].

---

[29] H. Kelsen, « La théorie juridique de la convention », *Archives de philosophie du droit*, t. XIII, Sirey, Paris, 1940, p. 33.

[30] J. Ghestin, *Traité de droit civil. La formation du contrat*, 3e éd., LGDJ, Paris, 1993, p. 198.

[31] J. Bentham, *Traité de législation civile et pénale*, Dalloz-Sirey, Paris, 2010, p. 10.

[32] J. Ghestin, *Traité de droit civil. La formation du contrat*, *op.cit.*, p. 203, n° 227.

[33] « *Ce qui est conforme à l'utilité ou à l'intérêt d'un individu, c'est ce qui tend à augmenter la somme totale de son bien-être. Ce qui est conforme à l'utilité ou à l'intérêt d'une Communauté [l'intérêt général], c'est ce qui tend à augmenter la somme totale du bien-être des individus qui la composent* », J. Bentham, *op.cit.*

[34] J. Ghestin, « La notion du contrat », *D.* 1990, chron. 27, p. 149.

En deuxième lieu, la pensée traditionnelle repose sur le principe du philosophe Fouillée « *qui dit contractuel, dit juste* » et trouve la force obligatoire du contrat dans l'autonomie de la volonté. À la base du cette pensée il y a l'idée que tous les gens sont égaux. Étant égaux, ils négocient sur un pied d'égalité et ils sont en mesure de conclure la meilleure entente possible pour eux. Donc, le contrat ne peut être que juste, car il représente la volonté réelle des parties.

Toutefois, de nombreuses critiques ont été émises. La principale observation est que le contrat est juste parce que les parties sont égales. Ainsi, « *il ne faut pas confondre égalité juridique et égalité dans les faits* »[35]. Chaque partie a ses propres atouts et points faibles et, de tout temps, le plus fort a su dicter sa volonté.

Selon J. Ghestin, ce n'est pas parce que les parties ont consenti à une convention que cette dernière est automatiquement juste. Le contrat est seulement présumé être juste. Ainsi, « *ce qui doit être recherché de façon générale, c'est que chaque partie ait un intérêt effectif à contracter, cet intérêt [...] étant le moteur de sa volonté* »[36]. « *Ainsi l'intérêt personnel est le motif originel de l'établissement de la justice* »[37].

En conclusion, dans la pensée utilitariste de la formation du contrat, l'accord des volontés est un élément subjectif essentiel qui a uniquement pour rôle de produire des effets de droit. C'est l'utile et le juste, les finalités objectives, qui donnent la force obligatoire au contrat. Ainsi, « *de la finalité d'utilité sociale se déduisent les principes subordonnés de sécurité juridique et de coopération* » et « *de la finalité de justice contractuelle se déduit la recherche de l'égalité des prestations par le respect d'une procédure contractuelle effectivement correcte et équitable* »[38].

---

[35] B. Lefebvre, « La justice contractuelle : mythe ou réalité ? », *Les Cahiers de droit* 1/1996, vol. 37, p. 20.

[36] J. Ghestin, « Le contrat en tant qu'échange économique », *loc.cit.*, p. 97.

[37] D. Hume, « *De la morale* », in *Traité de la nature humaine. Essai pour introduire la méthode expérimentale de raisonnement dans les sujets moraux*, t. III, White-Hart, Londres, 1739, p. 37.

[38] J. Ghestin, « Le contrat en tant qu'échange économique », *loc.cit.*, p. 100.

INTRODUCTION

Vu le contexte économique actuel, une nouvelle théorie de la formation du contrat vient d'être développée, « *le solidarisme contractuel* »[39].

Le « *solidarisme* » est une doctrine de philosophie politique et sociale[40] née fin du XIXème, début du XXème siècle, et qui est lié à l'avènement de la IIIème République[41]. L'apparition de la sociologie dans la même période[42] a fait prendre conscience aux juristes que la société « *transcende celle des individus dont la liberté est nécessairement aliénée en raison de l'étroitesse des liens qui les y unissent* »[43].

En se situant à mi-chemin du socialisme et du libéralisme, le solidarisme remplace la notion du contrat librement conclu entre les parties par une société déjà constituée à laquelle les cocontractants s'agrègent. Par leur attachement à la société, les parties deviennent ainsi les débiteurs des autres membres qui la composent[44].

Dans le dogme solidariste, la force obligatoire ne tire plus sa source de la volonté, mais c'est la « *réglementation du contrat [...] d'origine sociale* »[45] qui la lui confère. C'est donc la société qui fixe la mesure de la justice[46]. Cependant, l'autonomie de volonté ne disparait pas. Elle est seulement soumise à certaines conditions sociales qui tiennent à l'existence d'un lien

---

[39] L. Pop, « Incercare de sinteza a principaleleor teorii referitoare la fundamentele contractului, cu privire speciala asupra teoriei autonomiei de vointa si teoriei solidarismului contractual », *in* L. Pop, *Contributii la studiul obligatiilor civile*, Universul Juridic, Bucarest, 2010, p. 291 et s.

[40] L. Bourgeoise, *Solidarité*, 3e éd., Librairie Armand Colin, Paris, 1902 ; C. Bouglé, *Le Solidarisme*, V. Giard & E. Brière, Paris, 1907.

[41] P. Mazet, « Le courant solidariste », *in*. L. Grynbaum, M. Nicod (*dir.*), *Le solidarisme contractuel*, Economica, Paris, 2004, p. 13.

[42] L. Mucchielli, *La découverte du social. Naissance de la sociologie en France*, Le découverte, Paris, 1998.

[43] C. Jamin, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Études offertes à Jacques Ghestin. Le contrat au début du XXIe siècle*, LGDJ, Paris, 2001, p. 445.

[44] L. Bourgeoise, *op.cit.*, p. 43.

[45] F. Alcan, *De la division du travail social*, 11e éd., PUF, Paris, 1986, p. 193.

[46] R. Saleilles, *De la déclaration de volonté*, Pichon, Paris, 1901, p. 351.

de solidarité qui unit les individus[47]. La doctrine solidariste postule ainsi que « *l'obligation née de la volonté libre étant admise comme consécration de la coopération sociale n'a de valeur que dans la mesure où elle correspond à cette coopération* »[48].

Cela ne signifie pas néanmoins la fin du contrat, mais une autre manière de le percevoir, en soumettant les volontés des cocontractants au contrôle social[49]. Le « *solidarisme de la formation du contrat* »[50] impose de considérer à la fois l'intérêt social et les intérêts particuliers.

Ainsi, d'un côté, l'intérêt social s'exprime dans les concepts d'ordre public et de bonnes mœurs (les articles 6, 1131 et 1133 du Code civil français et les articles 11 et 1169 du nouveau Code civil roumain[51]). De l'autre côté, l'intérêt particulier constitue le centre du solidarisme dans la formation du contrat. Pour éviter la conclusion d'un contrat déséquilibré, tout ce qu'il peut être attendu des parties est que chacune n'ignore pas abusivement les intérêts de l'autre[52]. Autrement dit, au cours des négociations il est demandé aux parties d'avoir un comportement loyal et honnête. Par conséquent, « *au nom d'un altruisme contractuel se développe une "éthique contractuelle" fondée sur la fraternité et la solidarité* »[53].

---

[47] E. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, thèse, Dijon, 1912, p. 23.

[48] R. Demogue, *Traité des obligations en général*, t. I, Rousseau & C., Paris, 1932, p. 19.

[49] C. Jamin, *loc.cit.*, p. 449.

[50] E. Savaux, « Solidarisme contractuel et formation du contrat », *in* L. Grynbaum, M. Nicod (*dir.*), *Le solidarisme contractuel*, Economica, Paris, 2004, p. 47.

[51] L'art. 6 du C.civ.fr.: « On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs » ; l'art. 11 du n.C.civ.ro. : « *Il ne peut être dérogé aux lois qui intéressent l'ordre public ou les bonnes mœurs par des conventions ou des actes unilatéraux* » ; l'art. 1131 du C.civ.fr. : « *L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet* » ; l'art. 1133 du C.civ.fr. : « *La cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public* » ; l'art. 1169 du n.C.civ.ro. : « *Les parties sont libres de conclure tout contrat et de déterminer son contenu, dans les limites imposées par la loi, par l'ordre public et les bonnes mœurs* ».

[52] E. Savaux, *loc.cit.*, p. 49.

[53] D. Mazeaud, *loc.cit.*, p. 609.

La doctrine française commence toutefois à douter des solutions positives que la doctrine néo-solidariste prétend aujourd'hui rattacher au solidarisme contractuel[54]. Les auteures limitent ainsi le solidarisme de la formation entre la loyauté qui permet de saisir les comportements nuisibles aux intérêts légitimes des parties et la fraternité que l'arrêt *Baldus* du 3 mai 2000 refoule[55].

Ensuite, une autre théorie qui s'oppose à l'autonomie de la volonté doit être mentionnée : il s'agit du « *fidéisme contractuel* ». Traditionnellement, « *la volonté de l'homme est apte à se donner sa propre loi d'où positivement pour l'individu la liberté de contracter ou de ne pas contracter, celle de déterminer par accord le contenu du contrat dans les limites laissées à la liberté des conventions par l'ordre public et les bonnes mœurs, celle, en principe, d'exprimer sa volonté sous une forme quelconque, d'où, plus généralement l'affirmation que la volonté des parties est la source de l'obligation contractée et celle de l'interprétation du contrat* »[56].

Le fidéisme, selon Lalande, repense « *la doctrine qui fait consister la foi dans la confiance en Dieu, par opposition à la croyance aux dogmes* »[57]. Du point de vue juridique et plus concrètement contractuel, « *le fidéisme serait la doctrine qui fait consister la foi contractuelle dans la confiance du contractant. Ainsi, en vertu de ce fidéisme contractuel, la force obligatoire du lien contractuel reposerait, non plus sur la volonté des parties, mais plutôt sur la notion de confiance légitime* »[58].

Le fidéisme contractuel s'oppose non seulement à l'autonomie de la volonté mais aussi au solidarisme contractuel. Ainsi, au centre de la thèse solidariste se trouve la notion de bonne

---

[54] P. Rémy, « La genèse du solidarisme », *op.cit.*, p. 9.

[55] E. Savaux, « Solidarisme contractuel et formation du contrat », *op.cit.*, p. 52.

[56] G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 10e éd., PUF, Paris, 2014, p. 106.

[57] A. Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, vol. I, PUF, Paris, 2010, p. 349.

[58] A. Albarian, « Le fidéisme contractuel », *RID comp.* n° 4/2011, Bruylant, Bruxelles, p. 604.

foi de l'article 1134, alinéa 3, du Code civil[59] alors que la thèse fidéiste retrouve ses racines dans la notion autonome de confiance légitime[60].

Dans le paradigme fidéiste, le contrat ne se forme pas au moment de la rencontre des deux volontés, mais celui où naît la confiance réciproque[61]. Donc, c'est la foi jurée par le débiteur qui s'engage et la foi du créancier, qui fait confiance au débiteur, qui fixent et limitent les effets de la convention.

Enfin, à l'autre pôle de la doctrine solidariste et fidéiste, il y a un courant doctrinal contemporain qui explique le droit des contrats par une nouvelle forme du volontarisme et plus précisément « *le volontarisme sociale* »[62]. Volontarisme car l'élément essentiel de la conclusion reste la volonté des parties et social parce que c'est par la force coercitive de la loi que les intérêts des cocontractants sont organisée. Ainsi, la volonté est limitée par l'intérêt général et l'intérêt particulier des parties[63].

Cette thèse milite pour un volontarisme social qui confère à la volonté un rôle plus important que dans les thèses de l'utile et du juste ou du solidarisme contractuel. Cependant, à la différence de la thèse de l'autonomie de la volonté, elle refuse d'accorder à la volonté un pouvoir normatif autonome pour ne lui reconnaitre qu'un pouvoir délégué par la loi aux sujets de droit[64]. Ainsi, la force obligatoire du contrat est donnée par la loi, la volonté n'étant qu'un instrument de celle-ci dans le sens qu'elle assure l'achèvement de la direction des comportements sociaux[65].

---

[59] L'art. 1134, al. 3ème du C.civ.fr. : « *Elles [les conventions] doivent être exécutées de bonne foi* » ; L'art. 1170 du n.C.civ.ro. : « *Les parties doivent agir avec bonne foi autant lors de la négociation et de la conclusion du contrat, que durant le temps de son exécution. Elles ne peuvent ni écarter ni limiter cette obligations* ».

[60] A. Albarian, *loc.cit.*, p. 616.

[61] E. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, thèse, Arthur Rousseau, Paris, 1912, p. 162 et 163.

[62] J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *op.cit.*, p. 98, n° 120.

[63] E. Savaux, *loc.cit.*, p. 52 et s.

[64] J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *ibidem.*

[65] J.-L. Aubert, F.C. Dutilleul, *Le contrat*. *Droit des obligations*, 4e éd., Dalloz, Paris, 2010, p. 27-28.

En conclusion, nous pouvons dire que dans l'approche traditionaliste, la liberté et la sécurité contractuelles prédominent successivement[66]. Dans la phase de la formation du contrat c'est l'autonomie de la volonté des parties qui prévaut ainsi que dans la phase de l'exécution c'est la sécurité qui prévaut sur la liberté.

À l'opposé de cette perspective classique, dans le droit moderne il y a un renversement de ces impératifs[67]. Ainsi, avant la conclusion du contrat la liberté des négociateurs est limitée. Par exemple, la révocation de l'offre est impossible dans un délai raisonnable ou la procédure du consentement est de plus en plus imposée et détaillée par la loi. La sécurité aussi « *change de nature : d'objective et source de protection de la partie la plus forte, créancière, elle devient subjective et permet la protection du plus faible, du futur débiteur* »[68].

En droit français, le régime des pourparlers n'est pas réglementé par la loi. C'est seulement la jurisprudence qui a développé une certaine pratique à l'égard de leur rupture[69]. Elle affirme un double principe : d'un côté, les parties ont la liberté de rompre les pourparlers et, de l'autre côté, les négociations doivent être menées de bonne foi[70].

Toutefois, les négociations sont réglementées dans les projets de réforme français, l'avant-projet Catala[71], le projet Terré[72] ou le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations de la Chancellerie de mars 2015. Ainsi, les projets codifient les solutions jurisprudentielles et suivent le processus d'harmonisation de droit communautaire en se conformant aux projets européens.

---

[66] C. Thibierge-Guelffucci, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ.*, 1997, p. 368.

[67] *Ibidem*.

[68] *Ibid.*

[69] O. Deshayes, « La rupture des pourparlers », *LPA* n° 203/2008, p. 4 ; X. Lagarde, « De la période précontractuelle », *Rev. Lamy dr.civ*. 2008 ;

[70] P. Malinvaud, D. Fenouillet, M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, Paris, 2014, p. 92, n° 120.

[71] « De la formation du contrat (articles 1104 à 1107) », P. Catala, *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, La Documentation française, Paris, 2006.

[72] « De la formation du contrat (articles 68 à 77) », F. Terré, *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, Paris, 2009.

INTRODUCTION

Le droit roumain en étant fortement influencé par le droit français, le code civil roumain de 1864 avait suivi le modèle du code civil français de 1804. Par conséquent, il y avait un vide législatif relatif à la phase précontractuelle. Avec la réforme de code civil de 2011, cette lacune juridique a été remplie. Inspirées par les Principes du droit européen des contrats, les nouvelles dispositions consacrées à la phase précontractuelle visent d'une part l'encadrement du dynamisme de la conclusion du contrat et, d'autre parte, elles ont trait aux conditions générales de validité des contrats (articles 1178 à 1205).

D'ailleurs, le nouveau Code civil roumain affirme le principe de l'autonomie de la volonté[73] et le principe général de bonne foi[74] dans son corpus.

La notion de « *période précontractuelle* » caractérise « *non seulement tous les faits et actes qui précédent l'accord de volontés, mais aussi les différents contrats préparatoires qui anticipent, plus ou moins précisément, la conclusion du contrat définitif* »[75]. En effet, les parties peuvent conclure au moment des négociations des avant-contrats.

Les avant-contrats emportent des formes diverses. Sans vouloir être exhaustif, ils peuvent avoir ainsi la forme d'un pacte de préférence, d'une promesse unilatérale ou synallagmatique de contracter, des accords de négocier ou des protocoles d'accord. En pratique, l'expression « *lettre d'intentions* » est également parfois utilisée.

Les avant-contrats ont des rôles différents[76]. D'abord, les avant-contrats se concluent pour aménager temporairement certains aspects de la relation des parties au cours des négociations. Ce type d'avant-contrat peut être un engagement de confidentialité et de non-

---

[73] L'art. 1169 du n.C.civ.ro. : « *Les parties sont libres de conclure tout contrat et de déterminer son contenu, dans les limites imposées par la loi, par l'ordre public et les bonnes mœurs* ».

[74] L'art. 1170 du n.C.civ.ro. : « *Les parties doivent agir avec bonne foi autant lors de la négociation et de la conclusion du contrat, que durant le temps de son exécution. Elles ne peuvent ni écarter ni limiter cette obligation* ».

[75] D. Mazeaud, « Mystères et paradoxes de la période précontractuelle », *in Études offertes à Jacques Ghestin. Le contrat au début du XXIe siècle*, LGDJ, Paris, 2001, p. 637, n° 1.

[76] B. De Coninck, « Le droit commun de la rupture des négociations précontractuelles », *in* M. Fontaine (*dir.*), *Le processus de formation du contrat. Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, Bruyland/LGDJ, Bruxelles/Paris, 2002, p. 40 et s.

divulgation des secrets et informations acquis à l'occasion de pourparler, un règlement de la prise en charge du coût et des frais de la négociation, des clauses d'exclusivité ou encore détermination d'un calendrier de négociations.

Ensuite, il faut mentionner les avant-contrats partiels. Ils ont pour but d'encadrer les situations dans lesquelles les parties se mettent d'accord sur certains éléments lors des pourparlers, d'autres éléments essentiels de contrat restant à négocier. Pour ce type d'avant-contrat, il ne s'agit pas de réglementer la procédure de négociation. Ils sont de véritables accords sur le fond, voire même un début d'exécution du contrat définitif[77]. Souvent, en pratique, les avant-contrats partiels sont utilisés sous le terme allemand de « *punktation* »[78].

Enfin, les parties concluant un avant-contrat peuvent s'engager « *à initier ou a poursuivre une négociation, voire à formuler une offre, afin d'aboutir à la conclusion éventuelle d'un contrat définitif, mais dont le contenu n'est pas encore déterminé, ou du moins pas encore suffisamment déterminé pour constituer un contrat définitif* »[79]. La spécificité de ce type d'avant-contrats réside dans leur précarité et leur rétractabilité. Plus précisément, ils envisagent la négociation d'un contrat ou une opération et non pas la conclusion effective du contrat définitif.

En définitive, les avant-contrats sont de véritables contrats qui se distinguent du contrat envisagé c'est uniquement l'interprétation du contenu qui doit permettre d'en évaluer la portée. Ils peuvent annoncer dès le départ les objectifs des négociations entreprises, ils peuvent fixer dans une forme juridique les résultats acquis ou bien encore ils peuvent encadrer la procédure de négociation.

Lorsque l'avant-contrat a la nature d'un véritable contrat, sa violation constitue une faute contractuelle[80]. Ainsi, « *l'inexécution des obligations créées par ces contrats*

---

[77] M. Fontaine, *Droit des contrats internationaux. Analyse et rédaction de clauses*, FEC, Paris, 1989, p.35.

[78] F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *op.cit.*, p. 205, n° 187.

[79] B. De Coninck, *op.cit.*, p. 43, n° 36.

[80] L'art. 1147 du C.civ.fr. : « *Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune*

préparatoires est traitée par application des règles de la responsabilité contractuelle »[81]. Pourtant, la difficulté juridique consiste à déterminer l'existence et à définir le contenu car les obligations prévues varient selon l'objet envisagé par l'avant-contrat[82].

Par ailleurs, à la lumière de l'autonomie de la volonté, les parties peuvent rompre les pourparlers à tout moment sans engager la responsabilité de son auteur. Cependant, les parties doivent avoir une conduite gouvernée par la bonne foi. Ainsi, si l'exercice de la liberté cause un dommage à son partenaire, le mécanisme de la responsabilité civile délictuelle sera appliqué.

En conclusion, en dépit du fait que les pourparlers sont régis par le principe de l'autonomie de la volonté, la liberté qui résulte de ce principe n'est pas absolue. Elle est restreinte soit par une obligation générale de bonne foi, soit par des obligations conventionnelles prévues dans les avant-contrats.

Il arrive assez souvent qu'à l'occasion des négociations l'une des parties commette une faute qui nuit à l'autre. Par exemple, elle peut rompre brutalement et sans motif juste les pourparlers. Une partie peut aussi se livrer à des manœuvres dolosives ou donner des informations inexactes sur la portée de la prestation qu'elle offre. De même, elle peut cacher un fait essentiel pour la validité du contrat. Dans tous ces cas, la victime a un droit à réparation contre l'auteur du dommage fondé sur une responsabilité que la doctrine a qualifiée de *« précontractuelle »*[83].

---

mauvaise foi de sa part » ; l'art. 1350 du n.C.civ.ro. : « *(1) Toute personne doit exécuter les obligations qu'elle a contractées. (2) Lorsque, sans raison valable, elle n'exécute pas cette obligation, elle répond du préjudice causé à l'autre partie et elle est tenue à réparation, aux conditions de la loi. (3) Si la loi n'en dispose autrement, aucune des parties ne peut écarter l'application des règles de la responsabilité contractuelle pour d'autres règles qui lui seraient plus favorables* ».

[81] J. Schmidt, « La période précontractuelle en droit français », *RID comp.* 2/1990, p. 547.

[82] *Ibidem*, p. 560.

[83] G. Viney, « Introduction à la responsabilité », *in* J. Ghestin (*dir.*), *Traité de droit civil*, 3e éd., LGDJ, Paris, 2008, p. 547, n° 196-1.

Il peut également arriver qu'au cours d'une négociation longue et complexe, les parties concluent des accords préliminaires. Ces accords se distinguent « *très nettement du contrat définitif, mais les obligations qu'ils créent n'en sont pas moins de nature contractuelle et leur méconnaissance donne lieu à l'apparition d'une responsabilité contractuelle* »[84].

Par conséquent, la responsabilité civile précontractuelle n'est pas toujours extracontractuelle. Au vu des exemples mentionnés, la responsabilité précontractuelle de la partie qui a commis une faute peut être soit de nature délictuelle pour le premier cas, soit de nature contractuelle pour le deuxième.

Notre étude se développe autour des deux questions essentielles : quels sont les cas qui entrainent la mise en jeu de la responsabilité civile dans la phase précontractuelle ? Et quel type de responsabilité engagent-t-ils ?

Toutefois, notre analyse ne vise pas la responsabilité pour représentation sans pouvoir ou celle relative aux tiers qui interviennent à n'importe quel titre dans les pourparlers concernant les contrats de travails et les contrats d'assurance. Au surplus, notre étude ne traite pas des pourparlers concernant les contrats ayant pour objet des relations de nature institutionnelle ou les négociations entre États et les entités publiques ou particuliers. Les questions précontractuelles envisagées par les décisions d'arbitrages internationaux ou rendues par les juridictions de droit international public n'entreront pas non plus dans notre sphère d'analyse.

L'étude que nous avons entreprise pourra être décomposée en deux parties, chacune analysant les deux types de responsabilité précontractuelle : la responsabilité délictuelle et la responsabilité contractuelle. Nous nous proposons alors, après avoir délimité les principes qui gouvernent la phase précontractuelle, de clore la première partie de la thèse par l'analyse en profondeur des conditions de mise en œuvre de la responsabilité civile précontractuelle de nature délictuelle.

Dans la deuxième partie de la thèse, nous allons caractériser d'abord la phase de négociation organisée du contrat. La présentation aborde dans un premier temps les

---

[84] *Ibidem*, p. 553, n° 197-2.

ressemblances et les dissemblances entre la phase libre et la phase organisée et, dans un second temps, elle évoque les principes régulateurs de la négociation organisée du contrat. Ensuite, on étudiera les accords précontractuels qui sont source de responsabilité civile précontractuelle de nature contractuelle.

En substance, notre démarche constitue une étude comparative faite à la lumière du droit européen. Ainsi, tout au long de notre analyse, nous allons nous interroger sur l'encadrement juridique de la responsabilité précontractuelle au niveau international. Sans avoir un caractère exhaustif, l'étude présente la réglementation de la formation du contrat dans plusieurs travaux académiques européens, dans des principes et avant-projets de codification visant l'unification du droit, notamment l'harmonisation de la responsabilité précontractuelle dans le droit européen. Nous nous servirons également dans nos développements des précieux repères que constituent le droit allemand et la *common law*.

Première partie

L'évolution de la responsabilité civile dans la phase de négociation libre

Avant de commencer notre étude, il convient de préciser que la mise en jeu d'une responsabilité précontractuelle ne se fait que pour les contrats qui nécessitent une phase d'élaboration afin de les conclure. Les contrats types ou d'adhésion, par exemple, ne feront pas l'objet de notre analyse car une des parties n'a pas eu la chance de manifester sa volonté lors de l'élaboration des clauses contractuelles.

L'examen du droit positif montre que la responsabilité civile est engagée si une des parties commet une faute au cours des négociations du contrat définitif. Toutefois, la détermination de la forme de cette responsabilité reste difficile. Ainsi, il faut d'abord, étudier les principes gouvernant la phase précontractuelle (Titre I) pour ensuite déterminer les conditions de mise en jeu de la responsabilité civile (Titre II).

TITRE PREMIER Les principes gouvernant la phase précontractuelle libre

La phase précontractuelle a pour rôle de créer un espace juridique au sein duquel la volonté de chacune des parties se forme progressivement afin d'arriver à une symbiose exprimée dans le contrat définitif. Ce processus débute par une invitation d'entrer en pourparlers ou par une offre de contracter et finit par la décision de conclure ou non le contrat négocié. Au cours de la négociation, les parties échangent des informations, ce qui leur donne la possibilité de contracter en pleine connaissance de cause. Toutefois, elles doivent avoir un comportement de bonne foi et faire la preuve d'une attitude loyale.

Nous allons distinguer ainsi deux principes qui gouvernent la phase précontractuelle : l'autonomie de la volonté (Chapitre I) et la bonne foi précontractuelle (Chapitre II).

CHAPITRE PREMIER L'autonomie de la volonté

C'est dans les réflexions de Grotius[85] que se trouve l'origine directe du principe de l'autonomie de la volonté. Par la suite, ce sont les pensées laïques du droit naturel qui ont affirmé que les hommes sont nés libres et égaux, qu'aucune volonté autre que la sienne propre ne peut commander[86].

Plus tard, l'influence de la pensée de philosophes du XVIIIe siècle comme Hobbes, Locke, Rousseau ou Kant a modelé le principe de l'autonomie de la volonté. L'individu ne pouvait se lier directement dans le contrat que par sa volonté et indirectement ou tacitement lorsque l'obligation est imposée par une norme du droit, celle-ci, à son tour, n'étant que l'expression de la volonté générale. Ainsi, la volonté était vue comme la source unique de toute obligation juridique et qui avait, dans le même temps, une valeur morale[87].

La théorie du principe de l'autonomie de la volonté de l'école libérale[88] sera parachevée par la doctrine économique libérale[89]. Celle-ci a placé le concept d'autonomie de la volonté au-delà de la sphère individuelle, en considérant le contrat individuel d'échange comme « *le phénomène élémentaire de tout l'ordre social* »[90]. Le principe n'était plus un droit naturel, mais il s'impose par son utilité sociale[91]. La doctrine économique pensait que la *justice contractuelle*, autrement dit la recherche du juste prix par l'échange de l'offre et de la demande, ne sera pas possible de l'extérieur et de façon objective. La justice sera donc faite par le libre jeu de l'offre et de la demande, par la libre concurrence et ainsi, par la convention des parties[92]. Dans l'équation du libéralisme économique, le contrat jouera seulement le rôle

---

[85] G. Augé, « Le contrat et l'évolution du consensualisme chez Grotius », *Archives de Philosophie du Droit*, Paris, 1968, 15, p. 99 et s.

[86] E. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme*, thèse, Dijon, 1912, p. 33 et s.

[87] V. Ranouil, *L'autonomie de la volonté. Naissance et évolution d'un concept*, PUF, Paris, 1980, p. 53 à 56.

[88] H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, F. Chabas, *Leçons de droit civil. Théorie générale. Obligations*, vol. 1er, t. I, Montchrestien, Paris, 1998, p. 103, n° 116.

[89] J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, « La formation du contrat. Le contrat – Le consentement », *in* J. Ghestin (*dir.*), *Traité de droit civil*, 4e éd., LGDJ, Paris, 2013, p. 29, n° 38.

[90] E. Gounot, *op.cit.*, p. 41.

[91] J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, *op.cit.*, p. 193 et s.

[92] *Ibidem* ; E. Gounot, *op.cit*., p. 44 et s.

d'instrument des échanges économiques entre les individus et l'autonomie de la volonté se manifestera par la liberté d'organiser les échanges économiques.

Les deux idées vont inspirer une conception du contrat qui a pour centre névralgique l'autonomie de la volonté. Sur le plan juridique, cette perception du contrat se répercutera sur la phase de la formation ainsi que sur celle de l'exécution du contrat par des principes spécifiques. Comme nous nous retrouvons dans l'étape de la libre négociation du contrat nous concentrerons notre étude sur les principes applicables aux pourparlers : pourront ainsi être dégagés le principe de la négociation du contrat (Section 1), le principe de la liberté contractuelle (Section 2) et le principe de consensualisme (Section 3).

Section 1. Le principe de la liberté de négociation du contrat

Un premier principe qui s'applique dans la phase de négociation libre du contrat est le principe de la liberté de négociation du contrat. C'est un principe qui a une application très ancienne et qui remplit un rôle bien déterminé.

Nous exposerons les aspects juridiques du principe de négociation en en présentant sa définition (Sous-section 1) et son contenu (Sous-section 2).

Sous-section 1. Définition du principe de négociation du contrat

Après avoir défini la notion de négociation (§1) nous nous attacherons à étudier le principe de la liberté de négocier le contrat (§2).

§1. La notion de négociation[93]

Dans l'histoire, la négociation trouve ses origines dans le mot latin « *negociatio* » (de « *nec* », « *ni* », « *ne* » faisant fonction de préfixe négatif, et « *otium* », loisir), stipulant la parenté avec le commerce (*negociato*) et l'activité du commerçant (*negociator*).

La négociation est devenue une pratique courante dans notre vie quotidienne. Ainsi, « *la négociation est un instrument du comportement humain, un outil que chacun peut utiliser avec efficacité* »[94]. En conséquence, la doctrine n'est pas restée étrangère à l'idée de négociation et elle s'était aventuré dans les trente dernières années à l'étudier. Elle a développé un fond théorique considérable, mais peu unifié. Nous retrouvons[95] des opuscules à tendance philosophique ou politique dissertant des vertus de la négociation dans un contexte de relations diplomatiques ; des manuels type « *mode d'emploi* », véritables bréviaires méthodologiques étalant conseils, marches à suivre, procédés ou techniques qui promettent les

---

[93] L. Bellenger, *Que sais-je ? La négociation*, 8e éd., PUF, Paris, 2011.

[94] G.-I. Nierenberg, *L'Art de persuader et de bien négocier*, Tchou, Paris, 1970.

[95] L. Bellenger, *op.cit.*, p. 22.

meilleures réussites possibles aux apprentis négociateurs ; des travaux des psychologues qui s'intéressent aux attitudes, aux comportements et surtout aux phénomènes d'interaction entre protagonistes ; des ouvrages de théoriciens de jeux, mathématiciens ou économistes, postulant la rationalité des acteurs et un ensemble de conventions arbitraires en vue de modéliser des stratégies pour prévoir des résultats.

De cette vaste étude réalisée par les théoriciens, nous pouvons dégager des composantes spécifiques qui se retrouvent dans toutes les négociations[96].

a. Les constantes de toutes les négociations

Tout d'abord, la négociation est une *activité d'échange*, une rencontre provoquée par des personnes physiques ou morales. Les participants ou les protagonistes entrent dans des négociations pour satisfaire leur propre intérêt ou défendre l'intérêt d'un groupe. Ainsi, les participants sont regroupés en deux catégories : il y a, d'abord, le protagoniste qui agit en son nom propre et, dans la deuxième catégorie on trouve les porte-parole, les représentants, qui agissent comme un protagoniste exécutant un mandat de représentation.

Ensuite, à la base de toutes les négociations existe la *divergence*. C'est l'écart de points de vue entre les négociateurs sur le futur accord qui donne naissance aux négociations. La négociation est ainsi une communication continue et spécifique, une épreuve dans laquelle chaque partie s'engage à discuter tout en acceptant une dépendance mutuelle.

En règle générale, le but fondamental d'une négociation c'est de construire une relation entre les parties à la base de laquelle se trouve la convention. Pour arriver à l'accomplissement de cet objectif, certaines auteurs distinguent différentes formes substantielles d'arrangement[97].

Premièrement, il y a le *compromis*, défini comme l'« *arrangement dans lequel on se fait des concessions mutuelles* »[98]. Et par concessions mutuelles, les auteurs[99] entendent la procédure de recherche d'un équilibre entre avantages et inconvénients pour chacun des protagonistes. Ainsi, par le compromis, les parties consentent à réduire leurs attentes, en renonçant à peu près symétriquement à leurs objectifs initiaux.

---

[96] *Ibidem*, p. 23.

[97] C. Dupont, C. Magny, *La négociation. Théorie, pratiques et applications*, Dalloz, Paris, 1982.

[98] *Le Petit Robert. Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française 2012*, Le Robert, Paris, 2012, p. 492.

[99] C. Dupont, C. Magny, *op.cit.*

Une autre forme pour régler les divergences, est *la contrepartie*[100]. En employant cette technique, les parties réalisent un élargissement du champ de la négociation en donnant à celle-ci une dimension constructive.

Une ultime forme est la *novation*[101], qui procède d'une transformation de la divergence, objet de la négociation, préfigurant ainsi les conditions d'une résolution créative de cette divergence.

Vu que la négociation suppose une rencontre entre deux parties, qui sont dans une dépendance l'une de l'autre pour prendre une décision commune, décision prise suite à une divergence, nous pouvons déduire que seulement un objectif propre à chacun des protagonistes donne la motivation de poursuivre la négociation. Ainsi, tous les types de négociations ont un objectif mais, pour qu'il soit atteint, les parties doivent se donner une marge de manœuvre.

Enfin, dans toutes les négociations il y a un *rapport de force* entre les parties. Le rapport de force peut être d'ordre statutaire (autorité hiérarchique) ou d'ordre conjoncturel (percée d'un fournisseur sur un marché concurrentiel), dû à un ascendant naturel, par exemple les personnalités qui ont un charisme, l'habitude culturelle, comme l'autorité des anciens, la compétence, la parole d'un expert.

Même si le législateur essaye, par les mesure prises (le Code de la consommation par exemple), de garder la balance des forces en équilibre, les négociations font tout le temps l'objet d'une tension à cause de l'angoisse de l'échec qui peut conduire les parties à se défendre par tous les moyens, même les plus disqualifiant (mensonges, tromperies, escroqueries, tricheries).

b. La variété des négociations

Dans un premier temps, il y a comme variété de la négociation la consultation, la discussion et la concertation.

La doctrine caractérise la négociation comme étant une activité séquentielle, qui « *suppose un ensemble d'entrevues successives [respectant rarement les unités de temps et de*

---

[100] « *Chose qui s'oppose à une autre en la complétant ou en l'équilibrant* », *Le Petit Robert*, *op.cit.*, p. 532.

[101] Il ne faut pas se confondre avec l'opération juridique de « *substitution, à une obligation que l'on éteint, d'une obligation que l'on crée nouvelle [« novée », par rapport à l'ancienne qu'elle est destinée à remplacer], par changement de créancier, de débiteur, d'objet [...] ou de cause [...]* », G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 10e éd., PUF, Paris, 2014, p. 689 (V. l'art. 1271 C.civ.fr. ; l'art. 1609 n.C.civ.ro.).

lieu] à but spécifique, comprenant notamment la consultation, la discussion et la concertation »[102].

En général, il y a une confusion de termes entre *négociation*, *consultation*, *discussion* et *concertation*. La consultation et la discussion ne sont que des parties de la négociation, qui n'ont pas une force constructive. Elles sont des temps forts par lesquels les parties doivent passer pour y arriver au résultat attendu, tant que la concertation offre une autre voie pour conclure le contrat. Mais, pour mieux comprendre les différences, nous allons les analyser.

La *consultation* représente « *toute réunion [ou entretien] dont le but est un simple transfert d'informations [unilatéral ou réciproque]* »[103]. Elle se caractérise par le questionnement, la disposition d'esprit et l'écoute active. Normalement, une consultation productive sera toujours achevée par un compte rendu écrit ou une synthèse orale. Par les consultations, les parties pourront accéder à des nouvelles informations sur le futur accord et elles auront la possibilité de clarifier les éventuelles incertitudes.

La *discussion* définit l'action d'examiner la décision de conclure la convention, en confrontant les opinions des parties et en développant leurs arguments sur un ou plusieurs points débattus. C'est une technique négative car elle met les parties dans une position de combattant.

Toutefois, les discussions donnent aux parties la liberté de penser et de parler. Même si elles n'ont aucun effet sur la conclusion de la convention, en les employant comme outil de communication, les parties peuvent développer leur point de vue, argumenter ou réfuter les positions « *adverses* ».

En général, les négociations qui n'aboutissent pas sont qualifiées péjorativement de discussions[104].

Si la consultation renvoie à la phase de simple échange des informations et la discussion se retrouve à l'étape de l'intentionnalité des débats argumentatifs, *la concertation* « *renvoie plutôt à une disposition d'esprit visant le rapprochement, la recherche de cohérence, la participation, la coordination des volontés et des efforts* »[105].

---

[102] L. Bellenger, *op.cit.*, p. 32.

[103] *Ibidem*, p. 33.

[104] *Ibid.*, p. 34.

[105] *Ibid.*, p. 35.

Par la concertation, les parties vont rechercher les demandes de l'autre partie afin de déterminer les termes de leur offre. Elle caractérise « *l'esprit d'une négociation sincère parce qu'elle est le désir d'aboutir le plus tôt possible à une résolution commune que consacre un protocole d'accord* »[106].

Dans un second temps, il existe deux autres catégories des négociations : la négociation commerciales et la vente. Traditionnellement, les négociations, et plus précisément les négociations commerciales (car la doctrine distingue les négociations diplomatiques, de crise, sociales et commerciales) sont assimilées « *à un ensemble de tactiques et de techniques, transmises de façon folklorique* »[107] et qui sont incluses dans la vente et ses multiples subterfuges.

Pourtant, la négociation se distingue de la vente[108] mais les raisons de la confusion sont multiples.

D'abord, c'était la stratégie de commerçants de remplacer le mot *vente* par le mot *négociation* à cause de l'image négative de la vente. En employant le mot vente il se réalise une limitation, en ce sens que la liberté de consommateur d'acheter est encadrée dans les limites imposée par le commerçant.

Ensuite, même si la vente et la négociation commerciale impliquent la présence de deux ou plusieurs parties, leurs rôles sont différents. Ainsi, les parties à la vente ont dès le début le rôle de vendre et d'acheter, une partie sera l'acheteur et l'autre le vendeur. Les protagonistes de la négociation vont aboutir en négociant à la conclusion du contrat.

Cependant, à cause de la complexification croissante du marché et de la concurrence, de la meilleure connaissance des offres concurrentes et de la structure des coûts, du développement d'approches stratégiques et de nouvelles formes de distributions, le métier de vendeur et celui d'acheteur se sont transformés en métier de négociateur.

Le dernier facteur qui peut générer la confusion entre les deux notions est leur connexion. Plus concrètement, les parties peuvent vendre et acheter, donc conclure un contrat, par la simple manifestation de volonté sans avoir besoin d'aucune clarification essentielles auparavant, la négociation intervenant seulement pour aider les parties à former la

---

[106] R. Mucchielle, *cit. in* L. Bellenger, *op.cit.*, p. 35.

[107] I. Barth, L. Bobot, « Penser la négociation commerciale », *Négociations* 1/2010 (n°13), p. 7.

[108] P. Audebert-Lasrochas, « Comment différencier négociation et vente », *RFD gestion* 6/2004 (n° 153), p. 141-155.

représentation mentale des avantages et des désavantages du futur contrat, car on ne peut pas négocier sans savoir pourquoi on le fait[109].

Vu les confusions, la doctrine[110] a distingué cinq caractéristiques pour différencier la négociation d'une vente.

La première caractéristique concerne les parties impliquées : en général, pour la vente et pour les négociations simples il y a une seule personne qui peut remplir dans le même temps le rôle d'acheteur et de vendeur aussi bien que celui de négociateur, pour les négociations entre professionnels (« *business to business* » ou « *B2B* »), les parties sont souvent représentées par des équipes de négociateurs. Ainsi, elles ont un rôle indirect dans les négociations, leurs intérêts étant représentés par les mandataires.

La deuxième caractéristique est l'ampleur de la latitude décisionnelle laissée aux parties directement impliquées dans la vente et la négociation. Ces sont les situations des contrats unilatéraux ou des contrats-type où la latitude décisionnelle des parties est réduite, voire inexistante, car l'objet de la transaction est non-négociable. En revanche, lorsque l'objet du contrat est négociable, les parties disposent de liberté pour modifier ou façonner l'offre en vue d'arriver à un accord satisfaisant[111].

Une troisième caractéristique de différenciation est le processus d'interaction, le traitement des informations et la prise en compte des contraintes, du contexte. Par rapport à la vente qui est une opération simple ne nécessitant pas beaucoup de temps pour se réaliser, la négociation est une situation complexe, qui se déroule sur une période relativement longue dans laquelle les parties analysent et comparent les informations, en pouvant montrer aussi une sensibilité à la fluctuation du contexte.

Une autre caractéristique est l'attitude et le comportement passif et actif des parties impliquées. Ainsi, dans la situation de vente, un acheteur potentiel passif ne recherche pas d'une manière active l'acquisition d'un certain bien ou service. C'est alors au tour du vendeur d'être actif et de rendre attentif l'acheteur en lui « *vendant* » le bien. Pour la négociation,

---

[109] À titre d'exemple : le vendeur veut vendre son bien et recevoir son prix et l'acheteur veut procurer le bien pour satisfaire son besoin.

[110] R. Y. Darmon, « Les négociations commerciales : proposition d'une typologie », *Négociations* 1/2011 (n° 15), p. 37.

[111] B. Pras, J.-C. Tarondeau, *Comportement de l'acheteur*, Sirey, Paris, 1981, *cit.in.* R. Y. Darmon, *loc.cit.*, p. 37.

l'acheteur est toujours actif, il négocie souvent avec plusieurs fournisseurs en parallèle en vue d'obtenir le contrat le plus satisfaisant possible.

Enfin, la dernière caractéristique est la suite de la relation entre parties après la vente ou la négociation. En général, la vente met l'accent sur l'engagement immédiat, en se situant dans une situation opposée de la négociation qui vise les accords à venir ou à long terme. Ainsi, la négociation donne la possibilité aux parties de fonder leur relation sur une volonté unique, qui a été formée en adaptant leurs intentions aux besoins de chacun et au contexte qui leur est extérieur.

§2. L'énoncé du principe de la liberté de négocier le contrat

Étant donné le caractère dynamique des pourparlers précontractuels, la doctrine a essayé d'encadrer la liberté de négocier dans différentes théories juridiques (a). En outre, vu l'individualisation de l'action de négociation par rapport l'action de conclure le contrat, nous distinguerons entre la liberté contractuelle et la liberté de négocier (b).

Ainsi, dans cette partie, on affirme le principe de la liberté de négociation comme un principe indépendant afin de passer à l'étude de son contenu.

a. Les théories de la négociation

Dans la théorie classique, la formation du contrat était considérée comme instantanée. Pourtant, la révolution industrielle a fait voler en éclats le modèle et deux tendances ont commencé à s'imposer. D'une part, les opérations financières se sont multipliées et elles sont devenues de plus en plus sophistiquées, ce qui a donné naissance aux contrats négociés et, d'autre part, est apparu le concept du contrat standardisé qui mettait les parties dans la position d'accepter la conclusion du contrat sans possibilité de négociation. Ainsi, la conclusion du contrat n'était plus que l'harmonie absolue entre les consentements des parties qui ont été donnés à un seul et unique moment dans le temps et l'espace. Il nécessitait soit une période de temps pour que la volonté des parties ait pu se former, soit la conclusion n'était pas le fruit de liberté de l'une partie ou des parties ; le contrat étant créé par l'adhésion unilatérale d'une partie à la volonté de l'autre exprimée dans le contenu du contrat futur (le contrat d'adhésion) ou par l'adhésion bilatérale des parties à un système contractuel élaboré en dehors d'elles (le contrat-type).

Le principe de la liberté de négocier le contrat ne vise que la première tendance, la conclusion du contrat suite à une période des négociations. Cette période de discussions libres peut être longue, animée de séries de réunions et parsemée de nombreux documents (procès-verbaux de réunion, lettres d'intention, protocoles d'accord, etc.).

Nous pouvons assimiler les négociations à une progression pendant laquelle le consentement de chaque partie se forme progressivement et qui a comme fin le début d'un autre chemin, celui de la conclusion du contrat. C'est exactement comme la période qui précède un mariage. Le garçon et la fille sont dans une relation d'amour pendant laquelle chacun forme sa propre opinion vis-à-vis de l'autre et, à la fin, les deux décident de donner leur consentement pour s'unir dans un seul couple.

Dans la doctrine il y a plusieurs théories qui essaient d'expliquer les négociations préalables[112].

Une première théorie est celle des jeux développée par les sociologues américains Oskar Morgenstern et John Von Neumann[113], ainsi que par les travaux de John Nash[114]. À l'opposé de la psychologie classique qui analyse un acte de volonté en trois étapes (conception, délibération et décision) et de la théorie juridique classique qui analyse la formation du contrat en offre suivie d'une acceptation, la théorie des jeux étudie la formation du consentement comme la suite des propositions et contre-propositions, ensemble subtil de manœuvres conscientes et inconscientes, afin de gagner des assurances ou de se prémunir contre des risques. Le but de cette théorie est de déterminer une stratégie optimale pour chacune des parties, de prédire l'équilibre du jeu et de trouver comment aboutir à une situation optimale.

Il y a aussi la théorie de la « *punctation* ». Issu du mot allemand « *punktation* », la théorie prévoit que pendant la négociation des écrits successifs fixent les points acceptés par les parties.

[112] P. Malaurie, L. Aynès, P. Stoffel-Munck, *Droit civil. Les Obligations*, 6e éd., LGDJ, Paris, 2013, p. 223 et s.

[113] O. Morgenstern, J. Von Neumann, *Theory of Games and Economic Behavior*, 3e éd., PUP, Princeton, 1953.

[114] J. Nash, « Equilibrium points in n-person games », *PNAS*, vol. 36, no 1, 1950 ; J. Nash, « The Bargaining Problem », *Econometrica*, vol. 18, 1950, p. 155-162 ; J. Nash, « Non-cooperative games », *Annals of Mathematics*, vol. 54, 1951, p. 286–295.

Selon la volonté des parties, certains écrits peuvent avoir une valeur juridique, d'autre peuvent être de simples « *documents de secrétariat* »[115] sans aucune valeur. Les écrits porteurs de valeur peuvent avoir des conséquences juridiques variables. Ils peuvent obliger les parties à ne pas remettre en cause les accords « *punctuels* », ainsi qu'à poursuivre la négociation et à contracter un accord de punctation, qui oblige les parties à terminer la négociation dans ce cadre contractuel. Si l'accord de punctation avait pour objet la détermination des éléments essentiels du contrat, il permet de conclure le contrat définitif, en laissant à la charge du juge de compléter les points secondaires.

Les acteurs principaux de la négociation ne sont pas nécessairement les parties au contrat[116]. Elles peuvent être représentés par des tiers qui auront un mandat de négocier pour elles. En vertu du principe de la libre négociation du contrat, les parties ont la liberté d'initier, de poursuivre et de porter des négociations parallèles, ainsi que de les rompre à tout moment.

b. Le principe de la liberté contractuelle et le principe de la liberté de négocier

D'une manière unanimement acceptée « *le déroulement de la négociation est placé sous le signe de la liberté contractuelle* »[117]. Ainsi, le principe de la négociation du contrat est l'espèce incorporée dans le principe de la liberté contractuelle qui est le genre.

Dans le même sens, le nouveau Code civil roumain assimile la liberté de négocier à la liberté contractuelle[118]. Ainsi, à l'alinéa 1er de l'article 1183 le Code prévoit que « *les parties ont la liberté d'initier, de mener et de rompre les négociations et ne peuvent pas être tenus responsables de l'échec de celles-ci* ».

Pourtant, même si le principe de la liberté de négociation du contrat et le principe de la liberté contractuelle ont comme source le principe de l'autonomie de la volonté, nous croyons que ces deux principes sont différents. D'ailleurs, le nouveau projet d'ordonnance portant sur

---

[115] J. Schmidt, « La sanction de la faute précontractuelle », *RTD civ.*, 1974, p. 49, NDBP n°16.

[116] M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations. 1- Contrat et engagement unilatéral*, 3e éd, PUF, Paris, 2012, p. 235.

[117] J. Schmidt, « La période précontractuelle en droit français », *RID comp.* 2/1990, p. 546.

[118] S. Neculaescu, « Izvoarele obligatiilor. Contractul. Dispozitii generale », *in* M. Uliescu (*dir.*), *Noul code civil. Studii si comentarii*. *Despre obligatii*, vol. III, p. I, cartea a V-a, Universul Juridic, Bucuresti, 2014, p. 36 et s.

la réforme du droit des obligations de la Chancellerie de mars 2015 a choisi de prévoir dans chapitres distinctes la liberté des parties de contractante et de négocier[119].

Tout d'abord, le principe de la liberté contractuelle et le principe de la liberté de négocier ont des *finalités* distinctes. « *Contracter* » vient du mot latin « *contrahere* » qui signifie « *s'engager par un contrat, conclure une affaire, former une liaison* »[120]. « *Négociation* » à l'origine dans le mot latin « *negotiatio* » qui désigne « *être en négociation avec quelque [colloquia cum aliqua habere]* »[121] « *[...] en vu d'arriver à sa* [le contrat] *conclusion [...]* »[122]. Donc, le principe de la liberté contractuelle vise le moment final des pourparlers et le principe de la liberté de négocier le contrat s'applique aux pourparlers préalables au moment de la conclusion.

Ensuite, ils se différencient sur leurs *rôles*. En tant que le principe de la liberté de négocier le contrat a comme principal but l'aménagement d'un cadre dans lequel les négociations peuvent se dérouler, le principe de la liberté contractuelle, par l'attribut du choix du contenu du contrat futur, a pour objectif la formation du contenu et de l'objet du contrat futur. Par exemple, si au cours de pourparlers, l'une des parties commet une violence ou un dol, elle viole une règle du droit de négocier et, ainsi, elle contrevient aux limites « *internes* » imposées par les règles relatives aux vices du consentement. Si elle rompt les négociations avec mauvaise foi, elle enfreint les limites « *externes* » du droit de négocier[123]. Nous pouvons dire ainsi que le principe de la liberté de négocier le contrat règlemente la forme des pourparlers et le principe de la liberté contractuelle gouverne le fond des négociations.

Enfin, les deux principes s'opposent par leur *contenu*. Le principe de la liberté contractuelle donne aux parties la liberté de contracter ou non, de choisir le contenu et la forme, ainsi que de choisir le cocontractant. Le principe de la liberté de négocier le contrat

---

[119] Chapitre I, « *Dispositions préliminaires* », l'art. 1102 : « *Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontra et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi* » ; chapitre II, « *La formation du contrat* », l'art. 1111, al. 1er : « *L'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent satisfaire aux exigences de la bonne foi* ».

[120] G. Edon, *Dictionnaire Français-Latin*, Paris, Librairie classique Eugène Belin, 1973, p. 422.

[121] *Ibidem*, p. 1149.

[122] G. Cornu, *op.cit.*, p. 681.

[123] J. Ghestin, « La responsabilité délictuelle pour rupture abusive des pourparlers », *JCP G* n° 20-21, 16 mai 2007, p. 17.

accorde en revanche aux parties la liberté d'entamer des négociations, de les poursuivre et même de mener des pourparlers parallèles, ainsi que de les interrompre à tout moment.

Pour mieux mettre en évidence le principe de la liberté de négocier le contrat, comme un principe indépendant du principe de la liberté contractuelle, nous allons approfondir l'étude du contenu du principe de la négociation.

Sous-section 2. Le contenu du principe de la liberté de négocier le contrat

À l'unisson, la doctrine et la jurisprudence française, les projets de réforme[124] ainsi que le nouveau Code civil roumain et les projets européens donnent aux parties la liberté d'initier les négociations (§1), de mener et de porter des négociations parallèles (§2.) et de les interrompre à tout moment (§3), l'exercice de cette liberté étant soumise à certaines conditions, dont la plus importante est la bonne foi[125].

§1. La liberté d'initier des négociations

Les négociations peuvent s'initier soit par une procédure de déclanchement (a), soit par une proposition d'entamer des négociations (b).

a. Le déclenchement des négociations

Les pourparlers sont déclenchés, en général, par *l'initiative d'une des parties* et plus précisément par une invitation d'entrer en négociation ou un appel d'offre qui peut être adressé soit à une personne ou à plusieurs personnes déterminées, soit à un public indéterminé.

---

[124] À titre d'exemple, le nouveau projet d'ordonnance de la Chancellerie portant sur la réforme du droit des contrats de mars 2015 dispose à l'art. 1111 que « *l'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent satisfaire aux exigences de la bonne foi* ».

[125] F. Pavel, « Incheierea contractului », *in* M. Uliescu (*dir.*), *Noul code civil. Studii si comentarii*. *Despre obligatii*, vol. III, p. I, cartea a V-a, Universul Juridic, Bucuresti, 2014, p. 99 et s.

Les pourparlers peuvent également commencer par une offre qui n'est pas acceptée, mais qui a donné lieu à des contre-offres ou contre-propositions. Les contre-propositions peuvent elles-mêmes être acceptées ou faire l'objet d'autres contre-offres.

En fonction du mode de déclenchement nous pouvons classer les négociations en deux catégories **:** les négociations déclenchées par un appel d'offre ou une invitation à entrer en pourparlers et les négociations déclenchées par une offre.

Mais quelle est la différence entre les deux façons du déclencher les négociations ?

L'appel d'offre et l'invitation à entrer en pourparlers se distinguent de l'offre d'abord par leur *effet*. Ainsi, l'offre est une manifestation de volonté ferme et précise afin de conclure le contrat, en opposition avec l'invitation à entrer en négociation qui représente la manifestation de volonté proposant l'engagement d'une négociation en vue de conclure le contrat et l'appel d'offre qui est une manifestation de volonté par laquelle un acheteur potentiel demande à différents offreurs de faire une proposition commerciale chiffrée en réponse à la formulation détaillée (cahier des charges) de son besoin (produit ou service). En général, l'invitation à entrer en négociation et l'appel d'offre sont des pratiques courantes de processus d'achat entre professionnels (« *B2B* »[126]).

Ensuite, l'offre se distingue de l'appel d'offre et de l'invitation à entrer en pourparlers par le *contenu*. Ainsi, l'offre n'a la valeur juridique d'offre que si elle est suffisamment ferme[127]. C'est-à-dire, que la personne qui a émis l'offre, a l'intention d'être engagée et d'être liée en cas d'acceptation. En sachant qu'après l'émission de l'offre la conclusion du contrat devient indépendante de sa volonté. Donc, « *à défaut de fermeté, une proposition de contracter ne peut être qualifiée d'offre mais simplement d'invitation à entrer en pourparlers* »[128]. Une invitation à entrer en pourparlers peut être aussi l'offre qui porte une réserve qui empêche la conclusion du contrat par la seule acceptation du destinataire.

Également, pour que la proposition de contracter soit qualifiée d'offre de contracter, elle doit être précise[129]. Ainsi, l'offre doit contenir tous les éléments qui permettent de définir précisément l'objet du contrat futur et de son exécution. Sinon, elle sera qualifiée d'invitation

---

[126] Business to business (professionnel à professionnel).

[127] M. Fabre-Magnan, *op.cit.*, p. 262.

[128] *Ibidem*.

[129] C. Larroumet, « Les obligtions. Le contrat. Conditions de formation », *in* C. Larroumet (*dir.*), *Droit civil*, 1er partie, t. III, Economica, Paris, 2007, p. 223, n° 247.

à entrer en pourparler[130], donnant la possibilité aux parties d'établir les éléments manquants en fonction du type du contrat envisagé[131].

Il y a aussi une situation spécifique propre aux commerçants[132]. Une proposition de contracter entre commerçants ne constitue une offre que si elle indique la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation. S'il n'y a pas une telle indication, l'offre est considérée comme une invitation à entre en pourparlers[133].

Enfin, l'appel d'offre et l'invitation à entrer en pourparlers se distinguent de l'offre par leur *position sur l'axe du temps*. C'est dans la logique normale des choses que les parties donnent leur consentement après avoir établi tous les éléments essentiels du contrat. Ainsi, l'offre de conclure le contrat suit l'invitation à entrer en pourparlers et l'appel d'offre.

Les projets de réforme de droit des obligations ne sont pas restés muets sur la distinction entre l'offre, l'appel d'offre et l'invitation d'entrer en pourparler. Ainsi, l'article 23 du projet de réforme de la Chancellerie de mai 2008 s'inspire de l'article 15 du projet Terré et prévoit à l'alinéa 2 qu'il y a seulement invitation à entre en pourparlers si de l'une de conditions prévues au premier alinéa n'est pas respectée[134]. De plus, l'article 1114 du nouveau projet d'ordonnance de réforme du droit des contrats de la Chancellerie de mars 2015 reprend presque à lettre l'article 23 du projet de mai 2008 et dispose : « *l'offre comprend les éléments essentiels du contrat envisagé et peut fait à personne déterminée ou indéterminée. A défaut, il y a seulement invitation à entrer en négociation* ».

La distinction est faite aussi par le nouveau Code civil roumain. Ainsi, le Code roumain dispose à l'article 1189, alinéa 1er que la proposition adressée à une personne indéterminée ou déterminée, même si elle est précise, ne peut pas être considérée comme étant une offre, mais en fonction de la situation, une sollicitation d'offre ou une manifestation à

---

[130] M. Fabre-Magnan, *op.cit.*, p. 263.

[131] C.A. Versailles, 2 novembre 1998, *D.* 1996.IR.32, *RJDA* 1996, n° 872 ; C.A. Paris, 29 janvier 1996, *D.A.* 1996. 389, *Rep.not.* 1996.1360, obs. D. Mazeaud.

[132] F.X. Testu, *Contrats d'affaires*, 2010/2012, Dalloz, Paris, 2010, p. 59, n° 21.02.

[133] Cass.com., 6 mars 1990, n° 88-12.477, *Bull.civ.* IV, n° 74.

[134] L'art. 23 du projet de réforme du droit des obligations de la Chancellerie de mai 2008 : « *Est une offre la manifestation de volonté, faite à personne déterminée ou indéterminée, qui comprend les éléments essentiels du contrat et exprime la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation.*

A défaut de l'une de ces conditions, il y a seulement invitation à entrer en négociation. »

initier les négociations. Pourtant, à titre d'exception, l'alinéa 2 du même article prévoit qu'une telle proposition « *à la valeur d'une offre* » si elle est prévue par la loi, par la coutume (l'usage) ou des circonstances.

À l'article 1190, le nouveau Code civil roumain dispose dans le même ordre d'idées que « *la sollicitation d'offre adressée à une personne ou à plusieurs personnes déterminées ne constitue pas par elle-même une offre de contracter* ».

Les pourparlers peuvent être déclenchés aussi par *l'intervention du droit*[135]. Le déclenchement des pourparlers peut être ainsi assuré par la loi, le juge ou par le contrat existant.

Dans certaines situations, la loi peut imposer aux parties la négociation du contrat. L'exemple le plus éloquent est offert par les lois *Auroux*[136] qui prévoient la négociation collective obligatoire en matière de relations contractuelles de travail.

De même, le juge peut jouer un rôle principal dans le déclenchement des pourparlers et la jurisprudence nous le montre. Ainsi, la Cour d'appel de Paris, dans un arrêt de 1976, a ordonnée aux parties de négocier une éventuelle modification de leur accord[137]. La même cour dans un autre arrêt de 1988 a approuvé la décision du Tribunal de commerce de Paris qui ordonnait aux parties de « *se rapprocher pour mettre au point une solution transitoire [...]* »[138].

Souvent, c'est le contrat qui impose aux parties l'obligation de négocier la formation d'un autre contrat. L'obligation de négocier est distincte de l'obligation de contracter[139], car elle ne vise pas la conclusion du contrat mais la négociation du contrat. Elle peut résulter de clauses de négociation qui sont incorporées dans un contrat plus large. Cela pourra être le cas d'un prolongement des relations existantes et de conclusion de contrats futurs avec les clauses

---

[135] J. M. Mousseron, « Le droit de la négociation contractuelle. L'intervention juridique dans la phase précontractuelle », *JR Thémis* 1/1995, Montréal, p. 291.

[136] Il s'agit de la loi n° 82-689 relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise (promulguée le 4 août 1982), de la loi n° 82-915 relative au développement des institutions représentatives du personnel (promulguée le 28 octobre 1982), de la loi n° 82-957 relative à la négociation collective et au règlement des conflits du travail (promulguée le 13 novembre 1982), et enfin de la loi n° 82-1097 relative aux comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (promulguée le 23 décembre 1982).

[137] C.A. Paris 28 sept. 1976, *JCP* 78.II.18810, note J. Robert.

[138] T.com. Paris 6 juin 1988 (inédit).

[139] J.M. Mousseron, *Technique contractuelle*, 4e éd., Ed. Francis Lefebvre, Levallois, 2010, p. 20, n° 9.

d'avenir, aussi bien que l'exécution des clauses d'adaptation ou d'arrangement conventionnel de différends[140].

b. La proposition d'entamer des négociations

Même s'il s'agit d'une offre de conclure le contrat ou d'une invitation à entrer en pourparlers, la proposition doit être claire.

Pourtant, il peut arriver dans la pratique qu'une personne fasse une proposition qui ne peut être qualifiée ni d'offre ni d'appel d'offre ou d'invitation à négocier. Dans ce cas nous pouvons rencontrer des « *situations atypiques* » ou des situations qui sont très vagues et pour déterminer si elles sont des offres ou des appels d'offre nous devons tenir compte des certains points[141].

Premièrement, il y a la publicité commerciale et la liste de prix. En opposition avec les systèmes qui demandent une contrepartie, comme le « *consideration* » en *common law*, c'est-à-dire « *que ce soit au stade de sa formation ou de son exécution [...] l'engagement de volonté n'a de force obligatoire que si un bénéfice ou un avantage est promis ou fourni en retour par l'autre partie* »[142], le droit français considère en principe qu'une publicité commerciale est une offre.

Pour l'exposition d'un produit dans la devanture d'un magasin ou sur les étagères d'un supermarché le système français est en opposition avec les principes anglais et le droit allemand. Ainsi, les droits anglais[143], indien, américain et allemands considèrent cela comme une simple invitation à entrer en pourparlers, tandis que le droit français considère que l'exposition d'un produit est une offre si le prix est indiqué. En outre, le vendeur a le droit de substituer un autre produit à celui qui a les mêmes caractéristiques et la même qualité.

Une autre situation type rencontrée dans la vie courante est le libre-service. Par « *libre-service* » on désigne la faculté laissée aux clients de choisir le bien ou le service exposé avant

---

[140] *Ibidem*, p. 617, n° 1523.

[141] R.B. Schlesinger, *Formation of Contracts. A Study of Common Core of Legal Systems*, vol. 1er, Stevens & Sons, Londres, 1968, p.78 et 79.

[142] O. Moréteau, *Droit anglais des affaires*, Dalloz, Paris, 2000, p. 214, n° 384.

[143] *Ficher vs. Bell* (1960) 3 ALL ER 731 : « *l'offre se situe au moment où le client présente l'objet et son paiement à la caisse, l'acceptation intervenant par la perception du paiement* ».

de régler leur achat à une caisse ou à une borne d'encaissement. Le but du magasin libre-service est de rapprocher le client de la marchandise, en lui laissant plus de liberté.

Sur le plan juridique, nous constatons des difficultés dans la qualification de ce fait. Il y a, d'un côté, un système juridique (droit anglais) qui considère que l'exposition des produits sur les étagères doit être considérée comme une invitation à négocier. Le client en les prenant fait une offre d'acheter et le vendeur se trouve dans la position d'acceptant. Et, d'un autre côté, il y a un autre système (droit français) qui qualifie l'exposition des biens sur les étagères du magasin de véritable offre.

Le distributeur automatique représente une autre situation type. Historiquement[144], la première machine connue a été inventée par le mathématicien grec Hero en 215 avant Jésus-Christ. Son rôle était de livrer l'eau sacrificatoire et fonctionnait avec une pièce de monnaie de 4 drachmes. La première machine à distribution automatique a été brevetée en 18ème siècle au Royaume-Uni (machine de timbre-poste) et avec le développement de l'industrie la distribution automatique a connu un développement véritable.

Pour les distributeurs automatiques la situation juridique est simple. Tous les systèmes juridiques sont d'accord : les biens ou les services proposés sont des véritables offres de contracter car par l'exécution de l'acte (insertion de la monnaie dans la machine) le contrat est conclu, sans avoir besoin d'aucune « *consideration* » de la part de vendeur.

L'envoi de biens non commandés est aussi une des situations types qui peut faire la différence entre une offre et un appel d'offre. Cette situation est depuis le début du siècle un thème qui suscite de vives discussions[145], pour lesquelles le Parlement Européen a adopté une directive[146] ayant pour objet de rapprocher les dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres concernant les contrats à distance entre consommateurs et fournisseur. L'article 9 de la directive a prévu d'une part l'interdiction de la fourniture de biens ou de services à un consommateur sans commande préalable de celui-ci, lorsque cette fourniture comporte une demande de paiement et, d'autre part, de dispenser le consommateur

---

[144] Chambre Syndicale Nationale de Vente & Service Automatiques : http://www.navsa.fr/00_koama/visu_navsa/index.asp?sid=349&cid=15347&scid=15347&cvid=15351&lid=1.

[145] A. Van Miltenburg, « La réception de marchandises non commandées par le consommateur, article 241a du BGB », http://m2bde.u-paris10.fr/content/la-r%C3%A9ception-de-marchandises-non-command%C3%A9es-par-le-consommateur-article-241a-du-bgb-par-aur%C3%A9.

[146] Directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil, du 20 mai 1997, concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance.

de toute contre-prestation en cas de fourniture non demandée, l'absence de réponse ne valant pas consentement.

D'une manière générale, en pratique, on peut rencontrer une variété des autres situations où une proposition de conclure le contrat est très vague de sorte qu'il est difficile de déterminer s'il s'agit d'une offre de contracter ou d'une invitation à négocier en particulier quand elle ne s'inscrit pas dans une situation type. Ainsi, la doctrine[147] a proposé une liste non exhaustive de critères pour aider à mieux encadrer juridiquement la proposition.

Tout d'abord, plus la proposition est précise et ferme, plus elle peut être qualifiée d'offre. Ensuite, si l'offrant emploie dans le contenu de sa proposition des expressions comme « *soumise à l'accord* » (« *subject to agreement* ») ou « *je me réserve la décision définitive* » (« *I reserve final determination* »), ainsi que « *sans obligation* » (« *without obligation* »), il fait plutôt un appel d'offre qu'une offre. Enfin, les usages pratiqués par les deux parties peuvent déterminer si c'est une offre de contracter ou pas.

§2. La liberté de poursuivre des négociations et de mener des négociations en parallèle

La négociation a connu dans la doctrine une variété de définitions. Ainsi, du point de vue de la partie à la négociation, « *la négociation apparaît comme un moment dans sa propre action stratégique, un mode d'action pour obtenir un changement* »[148].

En appliquant leurs stratégies et tactiques de poursuivre les négociations, les parties assument des risques. Les risques sont propres à chaque typologie de négociation et la doctrine a distingué deux grandes catégories de négociations : les « *petites négociations* »[149] qui sont devenues négociations commerciales infra-ordinaires[150] (a) et les « *grandes négociations* »[151] ou les négociations commerciales complexes (b).

---

[147] *Ibidem*, p. 78.

[148] L. Mermet, « La négociation comme mode de composition dans les systèmes d'action complexes », *Négociations*, 2/2009 (n° 12), p. 120.

[149] J.-L. Delpech, « La négociation commerciale », *Pouvoirs*, 1980, n° 15, p. 16.

[150] I. Barth, L. Bobot, « Penser la négociation commerciale », *Négociations*, 1/2010 (n° 12), p. 16 ; C. Kerbrat-Orecchioni, *Les interactions verbales*, Colin, Paris, 1990 ; V. Traverso, « Interactions ordinaires dans les petits commerces : éléments pour une comparaison interculturelle », *Langage et Société*, mars 2001, n° 95.

Par ailleurs, il faut mentionner que la liberté de négocier donne la possibilité aux parties de négocier parallèlement avec différents partenaires contractuels potentiels. Ainsi, elles pourraient comparer les différentes propositions et choisir celles qui conviennent le mieux[152].

a. La négociation commerciale infra-ordinaire

Les études[153] ont montré en générale que les échanges de nature commerciale comportaient aussi de véritables rites de négociations, riches de nombreux attributs et finalement d'une remarquable complexité. Ainsi, même si nous sommes tentés de penser que dans le cas de l'achat quotidien d'une baguette de pain le temps de négocier n'existe pas, les auteurs contredisent notre perception et ils classent cet acte de commerce dans la catégorie des « *négociations commerciales infra-ordinaires* »[154].

La négociation commerciale infra-ordinaire ne se caractérise ni par une logique de *continuum*, dans le sens que plus nous faisons de transactions, moins nous construirons des relations et vice versa, ni par une logique de cohabitation des stratégies, mais par la logique expérimentale. Elle a de la base aux liens qui se créent par la répétition des actions quotidiennes, ordinaires.

Ainsi, les négociations infra-ordinaires n'auront pas leur valeur dans le résultat de la négociation, mais dans le processus qui a permis d'aboutir ou pas[155].

À titre d'exemple, nous pouvons citer le libre-service. Dans ce cas il s'agit de l'engagement de l'acheteur dans une « *négociation intérieure* » avec un « *partenaire muet* ». La négociation est rapide, mais très complexe. Elle s'appuie sur les informations acquises auparavant ou sur le moment (packaging, promotion, information en ligne, caractéristiques du produit ou d'autres données).

Un autre cas qui pourrait être à nouveau cité à titre d'exemple est l'achat répétitif et routinier d'un produit ordinaire avec un commerçant, comme l'achat d'une baguette de pain

---

[151] J.-L. Delpech, *loc.cit.*

[152] F. Terre, P. Simler, Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, 11e éd., Dalloz, Paris, 2013, p. 201, n° 185.

[153] C. Kerbrat-Orecchioni, *op.cit*.

[154] I. Barth, L. Bobot, *loc.cit.*, p. 17.

[155] *Ibidem*.

chez le boulanger. La négociation porte sur des éléments mineurs du produit ou sur la création d'un contexte et d'un lien.

Ainsi, l'achat d'un produit peu impliquant, à faible coût, avec le projet de faire « *une bonne affaire* »[156] pourrait être une négociation ordinaire. L'objet de la négociation sera ainsi la création d'un lien social en débattant du prix avec de très faibles enjeux pour avoir le sentiment d'avoir fait une bonne affaire.

La deuxième catégorie de classification est celle des *négociations complexes*.

b. La négociation commerciale complexe

Cette typologie de négociations est définie comme étant « *un processus impliquant deux ou plusieurs parties qui envisagent la possibilité d'échanger des biens et/ou des services pour une contrepartie généralement financière* »[157].

À partir de la définition, il se distingue trois critères de classification : la nature des parties impliquées dans la négociation, le rôle des parties, le niveau d'importance et de risques encourus par les parties concernant le résultat de l'accord ou l'absence d'accord.

Avec ces trois critères l'étude regroupe les négociations en deux catégories majeures, chacune avec ses propres sous-catégories.

La première catégorie contient les négociations dans lesquelles au moins l'une de parties est un particulier. Dans cette catégorie se retrouvent les relations particulières à particulier (« *C2C* »), les relations particulières à professionnel (« *C2B* ») et professionnel à particulier (« *B2C* »).

Il y a tout d'abord les transactions à faible implication et à forte implication entre particuliers (« *C2C* »). Cette première sous-catégorie représente tous les marchandages qui ont lieu entre particuliers lorsque l'objet de la transaction est de faible valeur, dans le premier cas, ou, au contraire, les négociations qui représentent des risques souvent très importants pour une ou les deux parties, dans la deuxième situation.

Ensuite, vient la catégorie des négociations de services courants et de services impliquants (« *C2B* »). Pour la première typologie de négociation, l'échec des négociations n'implique que peu de risques pour les parties. Cela pourrait être le cas d'une offre de

---

[156] T. Schelling, *The strategy of conflict*, Harvard Univerity Press, Cambridge, 1960.

[157] R.Y. Darmon, « Les négociations commerciales : proposition d'une typologie », *Négociations*, 1/2011 (n°12), p. 33.

services, comme des services d'entretien ou de gardiennage, aussi bien que les négociations salariales d'un employé avec son employeur. Pour les négociations de service dans un « *contexte impliquant* », elles relèvent des complexités, car un tel contexte se caractérise par d'importants risques financiers, personnels ou sociaux encourus dans l'entreprise acheteuse, dans le cas où les parties n'obtiendraient pas pleine satisfaction des produits et des services fournis.

Nous trouvons enfin les négociations « *B2C* » courantes et les négociations « *B2C* » à fortes implications. La catégorie professionnelle à particulier (« *B2C* ») courante, couvre les négociations qu'une entreprise peut avoir avec un particulier pour vendre ses services ou ses biens et qui n'impliquent que peu de risques pour les parties. Les négociations « *B2C* » à fortes implications couvrent les négociations qu'un particulier peut avoir avec une entreprise au sujet d'offres de produits ou de services impliquant des risques financiers, psychologiques ou sociaux importants pour le particulier négociant. C'est le cas, par exemple, lorsqu'un particulier négocie l'achat d'une automobile chez un concessionnaire ou lorsque le particulier veut acheter de meubles.

La deuxième grande catégorie regroupe quatre typologies des négociations spécifiques à la relation professionnelle à professionnel (« *B2B* »).

La première sous-catégorie représente les négociations transactionnelles. L'objectif de ces négociations est d'aboutir à un contrat précis et limité dans le temps. Elles présentent un risque faible pour les parties et l'importance du contrat est réduite. En général, ce sont des négociations sur des commandes routinières dans lesquelles le professionnel a déjà trouvé une solution, il lui reste seulement à négocier des points accessoires limités. De même, il pourra s'agir de situations de ré-achats modifiés, dans lesquelles le professionnel acheteur recherche les meilleurs offres à cause de changement des besoins, ou parce que il a identifié de nouveaux fournisseurs possibles.

Par rapport aux négociations transactionnelles la deuxième sous-catégorie, représentée par les négociations relationnelles, porte sur des contrats d'une grande importance pour les professionnels. Dans ces typologies des négociations l'acheteur est le compte-clé pour le vendeur et le vendeur un fournisseur privilégié pour l'acheteur. Nous pouvons mentionner les négociations sur contrats d'approvisionnement de matières premières ou des contrats de sous-traitance. Les parties n'ont pas uniquement comme but la conclusion du contrat, mais elles visent la consolidation de la relation. Il est important en conséquence pour le fournisseur de développer une relation à long terme et des liens particuliers avec le compte-clés, d'autant que

pour l'acheteur il est important d'assurer ses sources d'approvisionnement en sécurisant ainsi la matière première.

Une sous-catégorie de négociation « *B2B* », avec un degré élevé de risque pour les parties, est définie par les négociations transversales. Le risque est donné par l'intervention des différentes fonctions de l'entreprise (marketing, production, finance, logistique) dans la négociation. Ainsi, la négociation a un caractère complexe et elle est réalisée par des équipes de négociation et coordonner par l'acheteur et le vendeur.

La quatrième et dernière sous-catégorie négociation entre professionnels est la négociation de partenariats. Les négociations de partenariats visent la conclusion des contrats à longue durée dans des domaines plus ou moins étendus. Les parties vont aborder, en général, une technique de négociation à dominante coopérative, qui va inclure une plage large des sujets et qui donnera un caractère complexe. Tous ces aspects se traduiront par une longue période de négociations et un taux de risque élevé.

En conclusion, les parties ont la liberté de mener des négociations en faisant appel aux différentes techniques de négociation et d'appliquer des tactiques variées pour conclure le contrat. En même temps, elles peuvent mener des pourparlers parallèles avec d'autres personnes. Toutefois, les parties doivent agir de bonne foi lors de la négociation et faire preuve d'un comportement loyal.

Il convient encore de s'intéresser à la liberté de rompre les négociations.

§3. La liberté de rompre les négociations

Au cours de la formation du contrat, les parties n'ont aucune obligation juridique de contracter. Ainsi, « *nul n'est forcé d'entrer en relation avec ses semblables et chacun a le droit de refuser de céder les biens qui lui appartiennent ou de prendre à son service une personne dont il ne veut pas* » [158]. Toutefois, le refus de contracter n'est pas une liberté sans limites, puisque les parties doivent adopter un comportement loyal et être qualifiées de bonne foi.

[158] F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, 11e éd., Dalloz, Paris, 2013, p. 33, n° 24.

Dans un premier temps nous allons étudier la notion de liberté de rompre les négociations (a), puis, dans un second temps, nous verrons les limites de la liberté de rompre les négociations (b).

a. La notion de liberté de rompre les négociations

Prévue comme une prérogative de la liberté de ne pas conclure le contrat et donc, comme liée au principe de la liberté contractuelle, la liberté de rompre les négociations offre la possibilité aux parties d'arrêter leurs négociations quand elles le veulent.

Pourtant, la liberté de ne pas conclure se distingue de la liberté de rompre les négociations à tout moment.

Par « *conclusion* » il faut entendre « *l'opération par laquelle les parties contractantes s'engagent et qui donne naissance à leur accord* »[159], c'est-à-dire « *arriver à un arrangement, à une entente, se mettre d'accord après discussions ou négociations sur certains points* »[160]. Le terme « *négociation* », dans le sens principal qu'il a aujourd'hui, signifie « *opérations préalable diverses [entretiens, démarches, échanges de vues, consultations] tendant à la recherche d'un accord* »[161]. Ainsi, à la suite de la négociation, les parties décideront de conclure ou non le contrat. C'est une décision unilatérale ou bilatérale/multilatérale prise à la fin des pourparlers, après que chacun s'est forgé une opinion.

Dans la mesure où le déroulement de négociations est gouverné par la liberté de poursuivre les négociations et même de mener des négociations en parallèle, la décision de conclure le contrat est prise en vertu de la liberté de conclure ou ne pas conclure le contrat, donc de la liberté contractuelle.

Les choses se compliquent quand le processus de la recherche d'accord est interrompu avant d'arriver à la décision de conclure ou non, ce qui peut poser question.

Tout d'abord, les parties ont-elles « *le droit* » ou « *la liberté* » d'interrompre la négociation ?

---

[159] G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 10e éd., PUF, Paris, 2014, p. 223.

[160] http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/conclure/17941

[161] G. Cornu, *op.cit.*, p. 681.

Une partie de la doctrine a proposé que la rupture de négociations soit une liberté, car « *les parties ne sont tenues à aucune obligation légale ou conventionnelle* »[162]. « *D'ailleurs peut-on parler de droit ? Rompre des discussions informelles n'est pas à proprement parler, un abus de droit, mais bien plutôt un "abus de liberté" [...] puisque, dans cette période antérieure à la conclusion du contrat, les partenaires ne sont tenus à aucune obligation légale ou conventionnelle* »[163].

Il est également un courant doctrinal qui s'oppose à cette affirmation et qui énonce que « *la rupture des pourparlers est l'exercice d'un droit* »[164], au terme d'une réflexion visant à déterminer si la rupture présente ou non un caractère discrétionnaire. Ainsi, « *toute personne est libre de ne pas engager de pourparlers [...]* » et, également, « *libre d'engager des pourparlers, dès lors qu'elle a pris cette initiative, elle sort du domaine des libertés aux prérogatives imprécises, pour entrer dans un cadre juridique beaucoup plus précis* »[165]. La doctrine[166] qui soutient cette opinion en vient à la conclusion que la rupture des pourparlers n'est pas un acte discrétionnaire et, par conséquent, si une faute est commise lors de la rupture, elle sera constitutive d'un abus de droit.

Une autre question qui peut être soulevée est de savoir s'il existe une différence entre la rupture unilatérale et la rupture mutuelle des négociations.

Il peut arriver qu'au cours de négociations, les partenaires arrivent à la décision mutuelle d'arrêter les négociations. Les raisons peuvent être très nombreuses et d'ordre tant objectif que subjectif. La même situation peut ne concerner qu'une seule partie et, en vertu de son droit de rompre librement les négociations, elle peut renoncer à continuer les pourparlers.

Pourtant, le risque de commettre un abus de droit et donc une faute génératrice de responsabilité est plus élevé dans le cas d'une rupture unilatérale, car le renoncement amiable représente une « *complicité* », le risque étant ainsi partagé.

---

[162] P. Chauvel note ss. Cass.com., 7 janv. 1997, n° 94-21.561 et Cass.com., 22 avril 1997, n° 94-18.953, D. 1998, p. 49, n° 19.

[163] P. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat*, LGDJ, Paris, 2000, p. 111, n° 121.

[164] J. Ghestin, « La responsabilité délictuelle pour rupture abusive des pourparlers », *JCP G*, n° 20-21, 16 mai 2007, p. 17.

[165] *Ibidem.*

[166] J. Ghestin, *loc.cit.*, NDBP n° 20.

Nous pouvons nous demander quelle liberté sera applicable si au cours des négociations, les partenaires en sont arrivés à un accord sur certains points du futur contrat ou si le caractère des éléments essentiels va favoriser l'application de la liberté contractuelle.

S'agissant de la première interrogation, nous pensons que dès lors que les parties n'ont pas analysé tous les points essentiels et qu'ainsi elles n'ont pas fixé les termes du futur contrat, l'interruption de la négociation se fait en exercice de la liberté de rompre les pourparlers. Cependant, si les parties ont négocié tous les éléments essentiels du contrat, éléments qui se retrouvent dans une offre, la situation est différente. Ainsi, la partie qui reçoit l'offre a deux options. Soit elle l'accepte et le contrat est conclu, donc la liberté de conclure est appliquée, soit elle ne conclut pas le contrat en faisant usage de sa liberté de ne pas conclure et elle s'engage dans une autre négociation avec la même partie par une contre-offre. Elle peut aussi formuler un appel d'offre ou initier des négociations avec une autre personne, usant dans les deux cas de sa liberté d'engager des négociations.

Toutefois, la liberté de rompre les négociations connaît des limites.

b. Les limites de la liberté de rompre les négociations

Dans les années 1970, la rupture des négociations n'était considérée comme fautive que si elle avait été réalisée dans l'intention de nuire[167]. La Cour de cassation a cependant rapidement opéré un revirement. Ainsi, elle a précisé que pour fonder un recours sur la base des articles 1382 et 1383 du Code civil, la rupture doit avoir été réalisée avec mauvaise foi[168], sans que l'intention de nuire soit requise[169].

Plus récemment, la Cour de cassation a encore élargi les limites du principe. La mise en œuvre de la responsabilité précontractuelle peut ainsi être engagée « *sans avoir à*

---

[167] « *Une cour d'appel peut retenir a l'encontre d'une société chargée par le fabricant de la distribution exclusive d'un matériel spécialise, une responsabilité délictuelle envers une autre société, qui avait entretenu avec elle des pourparlers avances en vue de l 'acquisition d'une de ces machines, et avait, a sa connaissance, engage de gros frais, en relevant que la société distributrice avait de propos délibère, retenu le devis du fabricant destine a l 'acquéreur éventuel, et, âpres avoir volontairement maintenu celui-ci dans une incertitude prolongée, avait, sans raison légitime, brutalement et unilatéralement rompu de laborieuses négociations, manquant ainsi aux règles de bonne foi dans les relations commerciales* », Cass.com., 20 mars 1972, n° 70-14.152, *Bull.civ.* IV, n° 93, p. 90, *RTD civ.* 1972, p. 779, obs. G. Durry.

[168] Cass. 1er civ., 12 avril 1972, n° 70-14.154, *Bull.civ.* 1972, IV, n° 93, *JCP G* 1973.II.17543, note J. Schmidt.

[169] Cass. 3e civ., 3 octobre 1972, n° 71-12.993, *Juris-Data* n° 1972-000491, *Bull.civ.* 1972, III, n° 491.

caractériser l'existence d'une mauvaise foi ou d'une intention de nuire » en cas d'« *une légèreté constitutive d'une faute dont elle [la société en cause] devait réparer les conséquences* »[170].

Toutefois, la rupture de négociations n'est pas automatiquement synonyme d'engagement de la responsabilité. Ainsi, dans une affaire où les éléments essentiels d'une association future avait été établis, mais assortis d'une clause réservant tout engagement futur pendant un délai précis, la Cour de cassation a rappelé que la conclusion de l'accord final était aléatoire et que les parties doivent être prudentes jusqu'à l'échéance de ce délai[171].

De l'évolution de la jurisprudence, trois fondements de la responsabilité civile peuvent être dégagés : la mauvaise foi, la simple faute et la faute commise dans l'exercice du droit de rupture unilatérale des pourparlers précontractuels[172].

La mauvaise foi a été dans plusieurs arrêts le fondement de la condamnation de l'auteur de la rupture. Pourtant, la Cour de cassation, dans de nombreuses décisions, a jugé expressément que la mauvaise foi, qui suppose de faire croire à son partenaire que l'on va conclure, doit être accompagnée de diverses circonstances aggravantes propres à l'abus de droit[173].

La Cour de cassation, dans un arrêt du 12 octobre 1993, a jugé ensuite qu'une simple faute dans la rupture peut être cause de responsabilité pour son auteur. Ainsi, « *la Cour d'appel avait pu déduire, sans avoir à caractériser l'existence de la mauvaise foi ou d'une intention de nuire, que la société X avait agi avec légèreté constitutive d'une faute dont elle devait réparer les conséquences* »[174].

Enfin, dans l'arrêt rendu le 26 novembre 2003 (l'arrêt *Manoukian*), la Cour de cassation a expressément prévu comme fondement de la responsabilité délictuelle « *une faute*

---

[170] Cass.com., 12 octobre 1993, *Express Documents*, n° 2513, 12 ; Cass.com., 22 février 1994, *Bull.civ.* IV, n° 79, p. 61.

[171] Cass.civ., 5 novembre 1996, *D.*, 1997, p. 551, note H. Matsopoulo et J. Mestre, « Jurisprudence française en matière de droit civil. B. Obligations et contrats Spéciaux », *RTD civ.*, 1998, p. 97 et 98.

[172] J. Ghestin, « *La responsabilité délictuelle pour rupture abusive des pourparlers* », *JCP G.*, n° 20-21, 16 mai 2007, p. 42.

[173] Cass. 3e civ., 19 févr. 1992, n° 00-19.714, *Benhamou c/ Coisne*, inédit.

[174] Cass.com., 12 oct. 1993, n° 91-19.456, *SARL Hubo c/ Petit et Coopérative agricole du syndicat d'Arras*, inédit.

commise dans l'exercice du droit de rupture unilatérale des pourparlers précontractuels »[175], c'est-à-dire un abus dans le droit de rompre les négociations. L'abus de droit fonde donc la responsabilité délictuelle, selon la jurisprudence de la Cour de cassation.

En conclusion, nous pouvons dire que plus les négociations seront avancées, plus la certitude que le contrat sera conclu sera forte. Par conséquent, dès lors que la rupture n'est pas justifiée par un motif légitime, la rupture sera fautive. *A contrario*, les négociations simples qui s'étalent sur un temps relativement court ne créent pas une certitude ou créent une faible certitude dans l'esprit des parties et leur laissent la liberté de les rompre sans avoir à fournir de justifications légitimes[176].

Même si au niveau européen (les Principes Lando[177], les Principes UNIDROIT[178]) seule la mauvaise foi est prise comme critère pour caractériser le fait générateur de responsabilité dans la rupture, la doctrine[179] a regretté que le projet Catala, à l'article 1104, fasse abstraction de la notion d'abus du droit de rompre les négociations en prévoyant que « *l'échec d'une négociation ne peut être source de responsabilité que s'il est imputable à la mauvaise foi ou à la faute de l'une des parties* ».

Au vu des réactions doctrinales, l'article 20, alinéa 2 du projet de la Chancellerie de mai 2008, en reprenant la formule rédigée à l'article 24, alinéa 2 du projet de l'Académie des sciences morales et politiques, préfère le seul terme général, de « *faute* », sous plusieurs formules : la conduite fautive, le fait d'entamer ou de poursuivre des négociations sans intention de parvenir à un accord, ainsi que la rupture fautive des négociations. En suivant le même ligne, le dernier projet de la Chancellerie de mars 2015 dispose au deuxième alinéa de l'article 1111 que : « *La conduite ou la rupture* ***fautive*** *de ces négociations oblige son auteur à réparation sur le fondement de la responsabilité extracontractuelle* ».

---

[175] Cass.com., 26 novembre 2003, *Bull.civ.* IV 2003, n° 186, p. 206 ; dans le même sens Cass. 3e civ., 28 juin 2006, *D.* 2006, p. 2963.

[176] Cass.com., 12 janv. 1999, n° 96-14.604, *Sté Sofiges c/ Cie de Suez,* inédit.

[177] O. Lando (*dir.*), *Les principes de droit européen des contrats*, Commission pour le droit européen des contrats, http://www.senat.fr/rap/r06-338/r06-33830.html.

[178] Institut international pour l'unification de droit privé (UNIDROIT), *Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international 2010*, http://www.unidroit.org/fr/instruments/contrats-du-commerce-international/principes-dunidroit-2010-fr.

[179] J. Ghestin, *loc.cit.* p.45.

Toutefois, les projets de réformes français, à travers la jurisprudence et sous l'influence des différents projets européens (l'art. 1 : 102 des Principes Lando ; l'art. 2.1.15 des Principes UNIDROIT ; l'art. 6, al.1er du Code Gandolfi[180]) reconnaissent un principe général de liberté de rupture des pourparlers contractuels fondé sur le principe de liberté contractuelle. Ainsi, le projet Catala prévoit que « *l'initiative, le déroulement et la rupture des pourparlers sont libres, mais ils doivent satisfaire aux exigences de bonne foi* » (l'article 1104), tandis que les projets de la Chancellerie énoncent que « *l'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres* » (l'article 20, alinéa 1er du projet de mai 2008 et l'article 1111 du projet d'ordonnance de mars 2015).

Section 2. Le principe de la liberté contractuelle

Avant de présenter le contenu du principe de la liberté contractuelle (Sous-section 2), nous allons voir si le principe a une valeur constitutionnelle (Sous-section 1).

Sous-section 1. La liberté contractuelle, un principe constitutionnel

L'autonomie de la volonté se manifeste au moment de la formation du contrat à travers le principe de la liberté contractuelle. Ainsi, la liberté contractuelle se déduit directement du principe de l'autonomie de volonté. C'est un principe essentiel pour le contrat auquel le Conseil constitutionnel a reconnu valeur constitutionnelle en le rattachant à l'article 4 de la Déclaration des droits des hommes et du citoyen[181]. Il n'en a pas toujours été ainsi.

---

[180] G. Gandolfie (*dir.*), *Code européen des contrats – Avant-projet*, Académie des Privatistes Euopéens, 2e éd., Giuffre, Milan, 2002.

[181] CC n° 2006-543 DC du 30 nov. 2006, *JO* 8 déc. 2006, p. 18544, n° 29 ; CC n° 98-401 DC du 10 juin 1998, « Loi relative à la réduction du temps de travail », *AJDA* 1998, p. 540 et p. 495, comm. J.-E. Schoettl; CC 19 déc. 2000, n° 2000-437 ; C. Pérès, « La liberté contractuelle et le Conseil constitutionnel », *RDC* 4/2013, p. 1285 et s. ; J. Ghestin, « La consécration de la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle », *JCP G* 37/2013, p. 614 et s. ; J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, « La formation du contrat. Le contrat - Le consentement », *in* J. Ghestin (*dir.*), *Traité de droit civil*, t. I, 4e éd., LGDJ, Paris, 2013, p. 398, n° 539.

En effet, le Conseil constitutionnel « *a d'abord refusé toute valeur constitutionnelle au principe de la liberté contractuelle* »[182]. Il a affirmé dans une décision du 3 août 1994 qu'« *aucune norme constitutionnelle ne garantit le principe de liberté contractuelle* »[183]. Cette position a été renforcée par une autre décision du 20 mars 1997, dans laquelle le Conseil constitutionnel juge que « *le principe de liberté contractuelle n'a pas en lui-même valeur constitutionnelle* »[184]. Les raisons qui ont été à la base du refus du qualifier la liberté contractuelle de principe constitutionnel sont double. D'une part, les normes constitutionnelles ne contiennent aucune référence directe à cette liberté et, d'autre part, la liberté contractuelle est limitée par de très nombreuses lois. Dans une décision rendue le 10 juin 1998[185], le Conseil « *a confirmé cet infléchissement en posant en forme de principe que le législateur ne saurait porter à l'économie des conventions et contrats légalement conclus une atteinte d'une gravité telle qu'elle méconnaisse manifestement la liberté découlant de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen en 1789* »[186].

Cependant, l'article 34 de la Constitution française a réservé au seul Parlement le pouvoir de « *déterminer les principes fondamentaux [...] des droits réels et des obligations civiles et commerciales* ». La norme constitutionnelle reconnaît ainsi au législateur la compétence exclusive de réglementer la liberté contractuelle et elle donne la possibilité à la loi d'apporter des modifications à des contrats en cour d'exécution, voire d'imposer des règles de droit avec effet rétroactif, de prévoir des cas d'obligation de contracter ou de limiter ou d'interdire la possibilité de conclure un contrat, de valider des contrats de droit privé ou de droit public ; de subordonner la faculté de contracter à l'obtention d'une autorisation administrative préalable, de restreindre ou d'imposer le choix d'un cocontractant ou l'insertion de telle ou telle clause, d'autoriser l'une des parties à résilier unilatéralement la convention pour un motif d'intérêt général. La liberté contractuelle n'avait donc pas une valeur constitutionnelle, mais plutôt une valeur législative.

---

[182] J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, *op.cit.*, p. 395, n° 536.

[183] CC n° 94-348 DC du 3 août 1994, « Loi relative à la protection sociale complémentaire des salariés », *RFDC* 1994, p. 832, obs. P. Gaïa ; *JCP* 1995.II.22404, note Y. Broussolle.

[184] CC. n° 97-388 DC du 20 mars 1997, « Loi relative aux fonds de pension », *RFDC* 1997, p. 333, obs. L. Favoreu ; *Dr.soc.* 1997, p. 476, étude de X. Prétot.

[185] CC n° 98-401 DC du 10 juin 1998, « Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail » ; *AJDA* 6/1998, p. 540.

[186] J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, *op.cit.*, p. 297, n° 538.

Il faut mentionner que, à l'instar du Conseil constitutionnel, le Conseil d'État a également estimé que le principe de la liberté contractuelle fait partie des principes fondamentaux du régime des obligations civiles et commerciales dont la détermination est réservée au législateur[187]. Ainsi, le Conseil d'État a décidé que le principe de la liberté contractuelle est un principe général du droit auquel les autorités publiques n'ont pas le droit de porter atteinte sans disposition expresse de la loi[188].

Toutefois, un revirement de jurisprudence du Conseil constitutionnel a eu lieu à partir des années 2000. Plus concrètement, par l'arrêt de 19 décembre 2000, il admet une valeur constitutionnelle à la liberté contractuelle en tant qu'elle découle de la Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen[189]. Ainsi, la liberté contractuelle est « *une liberté à valeur constitutionnelle parce qu'elle tire sa source de la liberté qui découle de l'article 4 de la Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen* »[190].

Il ne s'agit toutefois pas d'une valeur absolue, elle peut être aménagée par le législateur si l'intérêt général l'impose[191]. En effet, le 13 janvier 2003, le Conseil constitutionnel a posé en forme de principe « *que le législateur ne saurait porter aux contrats légalement conclus une atteinte qui ne soit justifiée par un motif d'intérêt général suffisant*»[192].

C'est par la décision du 13 juin 2013 que le Conseil a entièrement reconnu la valeur constitutionnelle du principe de la liberté contractuelle[193]. Ainsi, la liberté contractuelle « *est pour la première fois pleinement consacrée par une décision d'inconstitutionnalité fondée sur une atteinte disproportionnée à deux applications essentielles et classiques de ce principe,*

---

[187] C.E. Sect. 3 octobre 1980, *Fédération française des professionnels immobiliers et commerciaux*, Leb. p. 348.

[188] C.E. 7 février 1986, *Association FO Consommateurs et autres*, Leb. p. 31 – C.E. 20 janvier 1989, *SA GBA Berry-Loire*, Leb. p. 26 – C.E. 27 avril 1998, *M. Cornette de Saint-Cyr*, *AJDA* 1998, p. 831, concl. Maugüé

[189] CC n° 2000-437 DC du 19 décembre 2000, « Loi de financement de la sécurité sociale pour 2001 », *JO* 24 décembre 2000, p. 20576.

[190] P. Terneyre, « Secteur public et concurrence : la convergence des principes. A propos de la liberté contractuelle », *AJDA* 2007, p. 1906.

[191] *Ibidem*

[192] CC n° 2002-465 DC 13 janvier 2003, « Loi relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi », *JO* 18 janvier 2003, p. 1084.

[193] CC 2013-672 DC 13 juin 2013, « Loi relative à la sécurisation de l'emploi », *JO* 16 juin 2013, p. 9976.

entendu stricto sensu : la liberté de choisir son cocontractant et celle de déterminer le contenu du contrat »[194].

Sous-section 2. Le contenu du principe de liberté contractuelle

Le principe de la liberté contractuelle se manifeste au moment de la conclusion du contrat. Ainsi, il peut s'afficher sous trois formes : le choix de la personne du contractant (§1), la libre-détermination des clauses du contrat (§2), le principe de contracter ou de ne pas contracter (§3)[195].

§1. Le libre choix du cocontractant

L'une des libertés essentielles qui compose la liberté contractuelle est la liberté de choisir son cocontractant.

Rappelée plusieurs fois par la Cour de cassation[196], la liberté de choisir son cocontractant implique le droit « *de ne pas motiver le choix de tel contractant plutôt que tel autre, et même celle de ne pas communiquer les critères selon lesquels ce choix est exercé* »[197].

Pourtant, la liberté de choisir et d'exclure n'est pas absolue[198]. Ainsi, le libre choix ne doit pas devenir une discrimination illicite, fondée sur des raisons que le droit prohibe et qui ouvre, par conséquent, la voie vers la réparation. Ce pourrait être le cas du refus illicite d'un

[194] J. Ghestin, « La consécration de la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle », *loc.cit.*, p. 614.

[195] J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, « La formation du contrat. Le contrat - Le consentement », *in* J. Ghestin (*dir.*), *Traité de droit civil*, t. I, 4e éd., LGDJ, Paris, 2013, p. 182, n° 239.

[196] Cass.com., 7 avril 1998, *Bull.civ. IV*, n° 126, p. 161.

[197] M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations. 1 – Contrat et engagement unilatéral*, 3e éd., PUF, Paris, 2012, p. 58.

[198] J. Mestre, « La liberté de choisir son cocontractant : une liberté fondamentale mais non absolue », *RTD civ.* 1999, p. 79 ; J. Mestre, « La liberté de choisir son cocontractant (suite) », *RTD civ.* 1999, p. 380.

vendeur de contracter ou d'effectuer une prestation de services à l'adresse d'un consommateur (l'article L. 122-1 du Code de la consommation).

Les juges imposent eux aussi des prohibitions entre professionnels[199]. Sous l'influence d'idées égalitaristes[200], le choix doit être motivé par des critères objectifs. Ainsi, le juge a décidé dans l'arrêt *Biotherm* que le producteur peut bâtir un réseau de distribution sélective en agréant certains détaillants et en rejetant d'autres, mais à la condition de faire la preuve que ses choix ont été faits objectivement, et sans pouvoir s'abriter derrière des justifications générales et impersonnelles[201].

Une autre limite à la liberté de choisir son cocontractant est concevable si, après une période de temps, la relation contractuelle a été interrompue brutalement, même partiellement, sans préavis écrit[202]. Pourtant, si les partenaires sont de même taille économique et qu'aucune atteinte n'a été portée à l'équilibre contractuel, le refus de contracter n'est pas en soi illicite, le déréférencement ne peut être abusif[203]. Cependant, si une partie profite de sa position dominante et cesse ses relations commerciales sans préavis, la volonté de nuire résulte suffisamment de circonstances qui privent son partenaire de son chiffre d'affaires, sans qu'elle ait à craindre pour elle-même.

Une autre limitation a été dégagée par un arrêt de la troisième Chambre civile de la Cour de cassation[204] : dès lors qu'une offre de vente faite publiquement ne renferme aucune restriction particulière quant à la personne des destinataires, l'acceptation, émanée de l'un d'eux, forme nécessairement la vente. « *La considération des personne n'est pas, en effet, spontanément présente dans le champ contractuel d'une vente, et son intégration dans la formation d'un tel contrat suppose donc sa précision expresse par l'offrant, peu important l'éventuelle connaissance que les destinataires pourraient en avoir par ailleurs* »[205].

---

[199] Cass.com., 21 oct. 1997, *Bull.civ.* IV, n° 271, p. 235; *RJDA* n° 1480, 1997.1014.

[200] J.-P. Désidéri, « Les discriminations dans le choix de son cocontractant », *Dr. et patrimoine*, mai 1998, p. 52-56.

[201] P. Leclercq, « Distribution sélective et grande distribution : Condamnation des discriminations », *RJDA* 1997, n° 995 et s.

[202] D. Ferrier, « Le déréférencement d'un fournisseur par une centrale d'achat », *in La cessation des relations contractuelles d'affaires*, PUAM, Aix-en-Provence, 1997, p. 45-55.

[203] C.A. Paris, 15 mai 1998, *Contrat*, *conc. consom.* 1998, n° 115, obs. L. Vogel.

[204] Cass. 3e civ., 1er juil. 1998, *RJDA* n° 1198, 1998.898 ; *Defrénois*, 1998.1406, obs. P. Delebecque.

[205] J. Mestre, *loc.cit.*

Dans la jurisprudence[206] est apparue une hypothèse assez singulière. Deux personnes sont titulaires à l'égard d'une troisième d'un droit de préférence pour contracter avec elle. Lequel pourra contracter ? Deux solutions ont été envisagées : prendre une décision fondée sur les éléments objectifs, ou bien sur le fondement de la volonté, au titre du principe général de liberté contractuelle. Les juges ont opté pour la liberté contractuelle, en précisant que « *l'employeur doit, en cas de pluralité de candidatures pour le même emploi, choisir entre les intéressés* », mais en ajoutant que le choix ne doit pas relever de la subjectivité la plus arbitraire car « *en cas de contestation, il appartient à l'employeur de communiquer au juge les éléments objectifs sur lesquels il s'est appuyé pour arrêter son choix* ».

§2. Le libre choix du contenu et de la forme

« *Dans la formation du contrat, l'individu a une double liberté : contracter ou ne pas contracter, mais encore et surtout déterminer à son gré le contenu du contrat. C'est cette dernière liberté que l'on nomme proprement liberté contractuelle, et l'on y voit souvent l'essentiel de l'autonomie de la volonté* »[207]. Le libre choix se réfère donc aussi bien au contenu du contrat (a) qu'à sa forme (b).

a. La liberté de choisir le contenu du contrat

La liberté de choisir le contenu du contrat autorise les parties à crées *ex nihilo* un aménagement de leur rapport. Ainsi, elles peuvent convenir librement de toutes sortes de montages ou de clauses qui s'imposent aux juges[208], et les obliger à suivre ces indications précises. Par conséquent, les juges n'ont pas le droit, lorsque les termes d'une convention sont clairs et précis, de dénaturer les obligations qui en résultent et de modifier les stipulations qu'elle renferme[209].

---

[206] Cass.soc., 7 juil. 1998, *Bull.civ.* V, n° 373, p. 282 ; *JCP* 1999.II.10009, note M. Del Sol.

[207] J. Carbonnier, *Droit civil. Les biens. Les obligations*, PUF, Paris, 2004, p.1945.

[208] Cass.sect.réun., 2 févr. 1808, *arrêt Lubert : GAJC II*, n° 159.

[209] Cass.civ., 15 avril 1872, *S. 1872.1.232 ; GAJC II 2008. 156,* note F. Terré, Y. Lequette.

Pourtant, il ne faut pas confondre le contenu du contrat avec l'objet du contrat (l'article 1126 à 1128) ou l'objet de l'obligation[210] (l'article 1129 à 1130). Le contenu désigne les droits et les obligations des parties, la convention ou l'acte juridique dans son ensemble, par opposition à l'objet qui est la prestation qui incombe aux parties. Par exemple, l'objet de la prestation est la chose fournie, ou l'objet de l'obligation est l'engagement pris, alors que le contrat a pour objet l'opération convenue.

Toutefois, la liberté de choisir le contenu du contrat connaît des limites. Tout d'abord, ce sont les limites de nature légale. Il en existe deux catégories : les limites légales négatives et les limites légales positives.

D'une manière générale, la liberté trouve sa limitation légale dans le texte de l'article 6 du Code civil français[211], et plus précisément dans les notions d'ordre public[212] et de bonnes mœurs[213]. Ainsi, les parties ne peuvent pas inclure dans le contrat des clauses contraires à certains principes jugés fondamentaux sous peine de nullité et même de condamnation à des dommages-intérêts pour celui qui aurait effectué un montage contractuel frauduleux.

Selon la place laissée à la liberté individuelle, dans le cadre des limites négatives il peut être distingué trois types de règles[214] limitatives. Il s'agit tout d'abord des règles impératives. Elles indiquent les choix de société fondamentaux d'une époque, et elles s'imposent aux parties, qui ne peuvent pas y déroger par leur volonté individuelle et des conventions particulières. S'appliquent ensuite les règles supplétives. Elles ont pour rôle de diminuer les coûts de négociation du contrat, en l'absence de volonté contraire exprimée par les parties. Enfin, les règles dispositives peuvent avoir le même rôle que les règles supplétives, mais dans des domaines où l'on pouvait supposer *a priori* l'accord des parties pour adopter la

---

[210] « Objet de l'obligation ou du contrat ? », *in* P. Malaurie, L. Aynès, P. Stffel-Munck, *Droit civil. Les obligations*, 6e éd., LGDJ, Paris, 2013, p. 293, n° 596.

[211] L'art. 6 du C.civ.fr. : « *On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* ».

[212] « *Norme impérative dont les individus ne peuvent s'écarter ni dans leur comportement, ni dans leurs conventions* », G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 10e éd., PUF, Paris, 2014, p. 718.

[213] « *Ensemble de règles imposées par une certaine morale sociale, reçue en un temps et en un lieu donnés, qui en parallèle avec l'ordre public [au sein duquel les bonnes mœurs sont parfois englobées], constitue une norme par référence à laquelle les comportements sont appréciés, et dont le contenu coutumier et évolutif […], est principalement déterminé par le juge* », G. Cornu, *op.cit.*, p. 134.

[214] M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations. 1- Contrat et engagement unilatéral*, 3e éd., PUF, Paris, 2012, p. 57.

règle proposée, dans la mesure où celle-ci ne correspond pas nécessairement à la volonté du plus grand nombre. Les règles dispositives sont à la disposition des parties qui peuvent choisir de les rendre applicables en exprimant expressément leur volonté en ce sens.

Les limites légales positives[215] sont des frontières imposées par le législateur, qui ont le rôle d'imposer aux parties un certain contenu en les obligeant à insérer des clauses protectrices. Ce sont des dispositions qui trouvent généralement application en matière de droit de la consommation et visent les stipulations qui rappellent les droits des consommateurs face aux professionnels.

Ensuite, la liberté de choisir le contenu connaît aussi des limitations de nature contractuelle. Plus spécifiquement il s'agit des limitations imposées par la nature des contrats d'adhésion. En raison de la réalité sociale liée à la société industrialisée et à la standardisation dictée par la production et par la consommation de masse, il est des contrats qui n'ont été précédé par aucune discussion pour en fixer les clauses, car il existe une vraie disproportion des forces entre les parties contractantes. La partie « *faible* » se borne à adhérer au contrat dont le contenu a été déjà unilatéralement fixé par la partie « *forte* ».

De même, il existe des contrats de masse, dans lesquels la rédaction est standardisée. Ainsi, les deux contractants adhèrent à un contenu imposé qui a la valeur juridique ordinaire prévue à l'article 1134[216]. La seule condition imposée est que celui à qui on l'oppose en ait eu connaissance ou ait pu en avoir connaissance[217].

b. La liberté de choisir la forme du contrat

« *Le contrat a une existence juridique par la seule force de la volonté sans que celle-ci ait besoin d'être revêtue de quelque empreinte qui lui serait conférée d'en haut* »[218]. Ainsi, les parties ont la liberté de choisir la forme (écrit, parole, geste) du contrat futur.

Parfois, la loi subordonne la conclusion d'un contrat à l'accomplissement d'une certaine forme et la liberté des parties s'en trouve donc limitée. Le contrat peut prendre

---

[215] Elles sont positives car elles ne prohibent pas la convention de certaines contenues, mais par contre elles obligent les parties à insérer des clauses.

[216] L'art.1134, al. 1 : « *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* ».

[217] J. Carbonnier, *op.cit.*, p. 1981.

[218] *Ibidem*, p. 1946.

plusieurs formes : acte notarié, rédaction d'un écrit, mentions obligatoires, formalités de publicité ou fiscales ou formes probatoires.

Le but de ce formalisme est de conférer une garantie à la liberté du contractant en lui conférant une sécurité contre lui-même[219]. Aussi, par la précision et la clarté qui s'imposent à l'acte juridique, le formalisme peut avoir le rôle de simplifier le travail du juge lorsque la forme et le fond coïncident, l'acte étant clair et inattaquable[220].

Le formalisme peut remplir des fonctions variées : assurer le sérieux de l'engagement parce qu'il s'agit d'un acte grave, donner aux tiers une information sûre ou permettre à l'administration fiscale de percevoir un impôt, donner aux parties une preuve ou permettre à l'administration de contrôler les effets d'un acte.

§3. La liberté de contracter ou non

Classiquement, dans la formation du contrat, les individus ont une double liberté[221] : une liberté positive, la liberté de contracter, et une liberté négative, la liberté de ne pas contracter. Pourtant, les deux types des libertés ne sont que l'expression de l'effet de la même volonté libre qui désigne la faculté pour les parties de s'engager juridiquement ou non, car « *nul ne pose un acte de liberté en s'engageant [ou pas] dans un acte juridique s'il n'est doté d'une totale liberté d'engagement* »[222]. Il y a donc une unique et véritable liberté qui englobe la liberté de contracter et la liberté de ne pas contracter, qui puise ses racines dans la liberté contractuelle. Il faudra voir l'énoncé du principe de l'engagement de contracter (a), avant de s'intéresser au contenu de ce principe (b).

a. L'énoncé du principe de l'engagement de contracter

Par l'émanation de la liberté de contracter ou de ne pas contracter se dégagent deux libertés : la liberté d'engagement et la liberté dans l'engagement. Ainsi, même si la

---

[219] R. von Jhering, *L'esprit du droit romain*, trad. O. de Meulenaere, Maresq, t. III, 3e éd., 1887, p. 164.

[220] P. Malaurie, L. Aynès, P. Stoffel-Munck, *Droit civil. Les Obligations*, 6e éd., LGDJ, Paris, 2013, p. 262, n° 535.

[221] J. Carbonnier, *Droit civile. Les biens. Les obligations*, vol. II, Paris, PUF, 2004, p. 1945.

[222] S. Obellianne, *Les sources des obligations*, PUAM, Aix-en-Provence, 2009, p. 310, n° 293.

manifestation de la décision de conclure ou non le contrat est vue dans le temps et dans l'espace comme un unique moment statique, ce n'est à la vérité pas le cas. Elle comporte deux moments, chacun avec sa propre liberté. Il est un moment « *statique* » qui est défini par la liberté d'engagement, et un moment « *dynamique* » qui se caractérise par la liberté dans l'engagement. L'acte juridique sera donc l'émanation de la volonté libre s'il a été souscrit dans le respect de la liberté d'engagement et de la liberté dans l'engagement.

À travers la notion de « *liberté d'engagement* » on doit comprendre l'aptitude des parties à « *s'engager dans les liens d'un acte juridique en préservant ses intérêts* »[223]. On observe l'existence d'un lien entre la « *liberté d'engagement* » et « *l'aptitude contractuelle* ». Par « *la liberté* » les parties ont la faculté d'agir selon leur propre volonté, de conclure ou pas, mais « *l'aptitude* » indiquera si elles auront la capacité d'agir. C'est une liaison d'interdépendance : les parties ne sont pas libres de conclure le contrat ou de ne pas le conclure si elles ne sont pas aptes et elles ne sont pas capables de prendre la décision si elles ne sont pas libres.

À la liberté d'engagement le droit positif attache deux catégories des normes qui ont pour l'objet sa protection. Une première catégorie, qui remplit une fonction de protection permanente, vise les personnes qui n'ont pas l'aptitude de défendre leurs propres intérêts. Elle intéresse les mineurs non émancipés, les majeurs incapables et les actes juridiques accomplis sous un trouble mental.

Comme la liberté d'engagement désigne la faculté de s'engager à réaliser l'acte juridique, elle suppose, par conséquent, de la part des parties, la conscience de l'engagement et la nature juridique de cet engagement. Alors, les parties doivent avoir la faculté intellectuelle nécessaire pour être en mesure de comprendre qu'elles peuvent faire naître une attente en la personne d'autrui et qu'elles seront responsables en cas de non-respect de l'engagement. C'est pourquoi ces règles ne sont pas des atteintes à la liberté de contracter, mais des normes de protection.

À la base de l'étude de la liberté d'engagement se retrouvent, donc, les règles du droit des incapacités. C'est une analyse statique de la liberté qui se « *repose sur une vision de la personne détachée de l'acte juridique* »[224]. L'état mental de la partie à un seul moment va

---

[223] *Ibidem*.

[224] S. Obellianne, *op.cit.*, p. 311, n° 296.

conditionner l'application du droit des incapacités, droit qui a pour but d'assurer la protection des plus faibles contre eux-mêmes mais aussi contre autrui.

Une autre série des normes qui vise la protection des faibles est le droit de la consommation, notre deuxième catégorie. Par rapport au droit des incapacités qui a un caractère permanent, le droit de la consommation est un droit « *spécial* » s'appliquant des personnes disposant de toutes leurs facultés, mais qui participent à des échanges économiques justifiant qu'elles fassent l'objet d'une protection particulière.

Toutefois, le droit de la consommation partage la même finalité, la sanction de l'altération de la liberté d'engagement, et le même objectif que le droit des incapacités, éviter l'engagement irresponsable.

Il assure, en outre, une fonction préventive car, comme le mentionne le Professeur Calais-Auloy, l'inadaptation des règles traditionnelles du droit civil résidait notamment dans l'impossibilité pratique d'intervenir *a posteriori* en engageant une procédure lente et coûteuse[225]. C'est la raison pour laquelle la protection du consommateur se réalise en grande partie dans la phase de formation du contrat, en s'attachant plus précisément aux conditions dans lesquelles il est formé.

Si le droit des incapacités vise « *l'état mental* » de la personne au moment de la conclusion du contrat, le droit de la consommation concerne « *l'état de besoin* » dans lequel se situe le consommateur face au professionnel à qu'il a affaire au moment de la formation. D'où la condition d'application : « *le créancier doit être un professionnel* »[226]. Les normes du droit de la consommation viennent au soutien de celles du doit des incapacités, et les deux ne font que renforcer les règles d'évaluation de la liberté d'engagement.

La liberté dans l'engagement, en opposition avec la liberté d'engagement, s'intéresse aux liens qui unissent le débiteur à l'opération de conclure ou pas le contrat. C'est un moment « *dynamique* » dans lequel se distinguent deux étapes : la première étape est définie par le principe de l'engagement et la seconde concerne le contenu de l'engagement.

Le principe de l'engagement a comme conséquence essentielle l'établissement d'un lien entre la personne et ses actes, ce lien étant d'autant plus fort que l'engagement est

---

[225] J. Calais-Auloy, « L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats », *RTDC* 1994.239, p. 240.

[226] N. Rzepecki, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, thèse, Strasbourg, 1998, n° 358, p. 265 et s.

grand[227]. Cet énoncé permet de dégager deux axiomes[228] : seuls les actes engagent les individus et l'engagement d'un individu présent une intensité variable et contrôlable.

Les critères d'évaluation de l'engagement peuvent être : le contexte de liberté dans lequel l'acte est réalisé (un acte réalisé dans un contexte de liberté est plus engageant qu'un acte réalisé dans un contexte de contrainte) ; le caractère public de l'acte (un acte réalisé publiquement est plus engageant qu'un acte dont l'anonymat est garanti), la répétition de l'acte (un acte que l'on répète est plus engageant qu'un acte qu'on ne réalise qu'une fois), les conséquences de l'acte (un acte est d'autant plus engageant qu'il est lourd de conséquences), le coût de l'acte (un acte est d'autant plus engageant qu'il est coûteux en argent, en temps, en énergie ou autres), les raisons de l'acte (un acte est d'autant plus engageant qu'il ne peut être imputé à des raisons externes, mais à des raisons internes)[229].

La décision de s'engager dans la conclusion d'un contrat peut conduire à une « *escalade de l'engagement* ». L'escalade est le résultat du processus de rationalisation de la première décision et du renforcement de l'engagement envers cet acte, en temps que la situation demandait un désengagement. Ainsi, même si la situation dans laquelle se trouvait la partie au moment de la conclusion était différente de celle au moment où elle a décidé de conclure, elle décidera de poursuivre sa première décision. Psychologiquement, il a été expliqué que les individus « *ont tendance à persister dans leur décision initiale, en agissant toujours dans la même direction, pour justifier a posteriori leur décision* ».

En somme, les parties vont adapter inconsciemment leurs volontés de conclure ou de ne pas conclure le contrat selon de nouvelles informations émises par l'autre partie ou des circonstances qui leurs sont extérieures. Ainsi, la volonté initiale a été limitée à cause des nouvelles informations et, en conséquence, ils ont formé aveuglement une nouvelle volonté, différente de la volonté initiale. Cela se rencontre dans les contrats d'adhésion, mais ce pourrait tout aussi bien être le cas des contrats négociés où chaque partie va s'adapter aux conditions de l'autre.

---

[227] R.-V. Joule, *La psychologie de l'engagement ou Comment amener autrui à modifier librement ses idées et ses comportements ?*, p. 8.

[228] J.-L. Beauvois, R.-V. Joule, *Petit Traité de Manipulation à l'Usage des Honnêtes Gens ou Un Essai de Vulgarisation de la Psychologie de l'Engagement*, Grenoble, Presses Universitaires de Grenoble, coll. « Vies sociales », 2002, p. 4.

[229] *Ibidem*, p. 5.

Si la liberté de conclure ou non d'une personne peut être limitée par la personne elle-même elle peut pareillement être limitée par son partenaire ou un tiers, en créant une illusion de liberté. Nous ne présenterons pas les techniques psychologiques de soumission librement consentie ni, plus simplement, la manipulation, mais nous nous limiterons à l'étude des faits qui sont juridiquement qualifiés d'atteintes à la liberté dans l'engagement.

Tout d'abord, le consentement, après avoir été exprimé par une personne qui se trouve dans un état mental et de besoin « *normal* », doit également avoir été donné dans des conditions telles que la liberté du débiteur a été préservée. Ainsi, le défaut de liberté de contracter ou de ne pas contracter peut également provenir d'une absence d'harmonie entre la volonté et la matière du contrat. « *Il ne suffit pas pour la validité des conventions, que le consentement soit manifesté, qu'il soit réciproque et donné sur la même chose, in idem placitum ; il faut encore que le consentement soit donné avec réflexion et en connaissance de cause, librement, sans contrainte et sans surprise* »[230]. Cette perturbation d'harmonie donne prise aux vices du consentement.

Les trois piliers sur lesquels reposent les vices du consentement peuvent être classés[231] ainsi : le vice *stricto sensu* qui est l'état psychologique caractérisé chez le débiteur et qui est représenté par l'erreur, et le comportement qui est à l'origine du vice, la violence et le dol.

Les vices qui altèrent le principe de l'engagement ont comme cause principale la crainte. Elle constitue un vice d'ordre psychologique qui a été provoqué par une violence ou qui a exploité une situation de faiblesse[232].

La crainte provoquée a comme fondement principale la violence. En employant la technique de la violence (matérielle ou psychologique), le « *bénéficiaire* » de cette pratique mettra le débiteur dans la situation de choisir entre supporter la violence ou s'engager juridiquement. C'est un « *bénéficiaire* » de la technique car, par rapport aux autres vices du consentement, la violence peut être le fait d'un tiers.

Le dol seconde la violence et, ensemble, ils ont pour fonction l'évaluation de liberté dans l'engagement. Comme la violence, il sanctionne le comportement illégitime d'un tiers qui aura eu pour conséquence de provoquer la conclusion du contrat. Pourtant, la violence

[230] C.B.M. Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du code civil*, t. VI, éditeur Warée oncle et Warée fis aîné, Paris, 1812, p. 44, n° 35.

[231] S. Obellianne, *op.cit*., p. 138, n° 128.

[232] *Ibid.*, p. 324, n° 304.

n'attache aucune conséquence au contenu de l'engagement. La reconnaissance de la violence ne dépend pas de l'économie de l'acte juridique. Ainsi, le dol vise le comportement du créancier car les manœuvres dolosives ne suggèrent pas une contrainte comme c'est le cas de la violence.

Toutefois, le dol a le même but que la violence, l'atteinte à la liberté de l'engagement que cherche à garantir la loi. La liberté ne peut s'exercer qu'à partir d'informations avérées et dans une atmosphère qui permet la réflexion.

Après la présentation du principe de l'engagement, l'étude du contenu de l'engagement est la seconde étape dans l'analyse de la liberté dans l'action. L'objectif de l'analyse est l'évaluation du degré de liberté dont bénéficiait le débiteur. La doctrine fait cette étude du contenu de l'engagement ou l'évaluation de la liberté du débiteur de deux façons différentes : subjective et objective[233].

b. Le contenu du principe de l'engagement

Une première méthode est *l'approche subjective*. Elle consiste à mettre en perspective au moment même de la conclusion de l'acte l'écart qui existait entre la réalité et la représentation que s'en faisait le débiteur. Donc, l'évaluation est concentrée autour de la notion de réalité et de représentation.

La notion de réalité a été construite par l'école scolastique dit scotiste à partir du mot latin « *res* » (chose). Ainsi, dans la tradition scotiste le terme « *chose* » se prend dans une acception d'une *chose essentielle* et d'une acception de la *réalité actuelle*. Il en résulte que l'on n'a pas une seule perception sur la chose, donc une unique réalité, mais deux réalités. Il y a une réalité essentielle qui permet d'identifier toutes les choses existantes et une réalité actuelle qui confirme la vérité de la première réalité[234].

Aux idées de Duns Scot, le fondateur de l'école scolastique, s'opposent celles développées par René Descartes. Ainsi, dans la « *Méditation troisième* », le philosophe affirme que « *la principale erreur et la plus ordinaire qui s'y puisse rencontrer, consiste en ce que je juge que les idées qui sont en moi sont semblables ou conformes à des choses qui sont*

---

[233] S. Obellianne, *op.cit*., p. 330 et s..

[234] J.-F. Courtine, « Réalité », *in* B. Cassin (dir.), *Vocabulaire européen des philosophies*. *Dictionnaire européen des philosophes*, Le Seuil/Le Robert, Paris, 2004, p. 1061.

hors de moi »[235]. Descartes remarquait qu'il y a une grande différence entre la réalité consacrée par l'objet et ses idées internes qui peuvent être nées avec lui, être étrangères et venir de dehors, ou être faites et inventées par lui-même. En effet, la réalité objective des idées désigne le processus mental de représentation qui attache une idée à une chose (réalité) positive[236].

Le rôle de la représentation est double. Premièrement, elle nous permet de nous former une idée sur le monde, dans notre cas sur les avantages et les désavantages du contrat envisagé. Deuxièmement, elle exprime le fait de communiquer cette idée, de la placer devant les yeux de l'autre, donc de faire connaître la décision de conclure ou non le contrat.

Il existe une possibilité de discordance entre la volonté et la réalité. Cela peut se réaliser soit au moment même de la conclusion du contrat, soit longtemps après en donnant au débiteur la croyance qu'il s'était engagé dans d'autres conditions.

Tout d'abord, l'absence de la volonté causée au moment de la conclusion du contrat a comme source l'erreur.

L'erreur se retrouve au cœur du débat entre la doctrine classique et la doctrine moderne[237]. Si l'on s'oriente vers le modèle classique, nous devrons consacrer l'erreur de la manière la plus large. Ne comptera que la volonté réelle du débiteur, expression ultime de sa liberté. Ainsi, la solution ne pourra être que l'annulation de l'opération, malgré l'attente légitime du cocontractant. Si l'on opte pour la version moderne, l'erreur devra se réduire à sa plus stricte expression et même être écartée de la théorie des vices, la seule attente légitime du cocontractant pouvant constituer une base suffisante pour l'obligation.

Suite aux lacunes de la loi et à l'arbitrage de la doctrine classique puis moderne, le droit positif[238] propose trois critères différents pour s'orienter en cas de absence d'erreur provoquée.

Le premier est la cause. L'intérêt porté à la cause se manifeste à travers l'exigence du caractère de l'erreur. Suivant la logique d'une conciliation entre les doctrines classique et moderne, l'avant-projet de réforme Catala prévoit à l'article 1112-3 que le contrat ne sera pas

[235] R. Descartes, *Méditations métaphysiques*, coll. Le Monde de la philosophie, Flammarion, Paris, 2008, p. 171.

[236] J.-F. Courtine, *loc.cit.*, p. 1063.

[237] S. Obellianne, *op.cit.*, p. 331, n° 309.

[238] *Ibidem.*

annulé au profit du débiteur qui ne savait pas, mais qui avait l'obligation de s'informer. Ainsi, le débiteur sera obligé de s'informer à partir du moment où le devoir de renseigner cesse.

Ensuite, la manifestation ou la forme de l'erreur est un critère essentiel d'impact sur la validité de l'acte. Ainsi, pour assurer un niveau minimum de sécurité juridique et consacrer des solutions d'arbitrage entre les deux doctrines, le droit positif place la nature et non le degré de l'erreur au centre du raisonnement. L'erreur commune, l'erreur-obstacle et l'erreur sur les qualités substantielles obéissent à cette proposition, tout comme le rejet de l'erreur sur la valeur (l'article 1112-1 de l'avant-projet Catala).

Un ultime critère proposé pour s'orienter en situation d'absence d'erreur provoquée est d'arrêter les contours de l'erreur cause d'annulation par référence à l'effet qu'elle aura pu avoir sur le consentement du débiteur. Ainsi, au lieu d'apprécier le caractère déterminant de l'erreur par référence au « *bonus pater familias* », qui suppose *a priori* un lien entre le caractère déterminant et l'objet de l'obligation, les rédacteurs de l'avant-projet Catala proposent à l'article 1111-1, alinéa 2 d'apprécier le caractère déterminant au regard des personnes impliquées et des circonstances. L'évaluation serait donc spécifique à chaque situation.

Ensuite, la prise de conscience sur la discordance entre la volonté et la réalité peut se réaliser après la conclusion du contrat. L'absence d'harmonie entre la réalité et la volonté relève *a posteriori* du moment de la conclusion du contrat débouche sur l'analyse de la théorie de l'imprévision[239].

Ainsi, il existe entre l'erreur et l'imprévision une ressemblance qui justifie qu'elles soient étudiées ensemble, les deux ayant pour objet de remédier à l'absence d'adéquation entre ce qu'escomptait le débiteur et ce qui s'est réellement passé. Mais les notions différent sur deux points. Premièrement, pour l'erreur, l'altération de la liberté dans l'action trouve sa source dans l'ignorance du débiteur, alors que pour l'imprévision, la discrépance a pour origine l'incapacité à prévoir une évolution future. De même, pour l'erreur sera apprécié le défaut d'adéquation au moment de la conclusion de l'acte civil, tandis que pour l'imprévision elle est envisagée au moment de l'exécution. Deuxièmement, l'erreur a pour remède l'annulation de l'acte, à l'opposition de l'imprévision qui propose la révision.

Toutefois, bien qu'ayant l'erreur comme modèle, l'imprévision peut se résumer à certaines hypothèses.

---

[239] S. Obellianne, *op.cit*., p. 334 et s..

En effet, la simple évolution des circonstances ne saurait caractériser l'imprévision : cette évolution doit aller au-delà du cours normal des évènements. Ainsi, si au moment du passage de l'acte, le débiteur n'avait aucune raison de penser que les circonstances qui l'entourent seraient défavorables, l'imprévision sera excusable. L'absence d'adéquation doit s'expliquer par l'avènement de circonstances imprévisibles qui ont empêché le débiteur de prévoir l'évolution future.

En général, la conclusion de contrats à exécution successive représente un risque pour les parties, car l'évolution de l'économie de la convention ne sera pas cause d'annulation. Mais, si les conditions de l'engagement se modifient au point de perde totalement leur sens initial, il sera légitime et en concordance avec la volonté qui a donné naissance au contrat de remodeler le contrat de telle sorte qu'il retrouve son sens originaire.

Il faut mentionner que ce n'est pas l'évolution des circonstances extérieures qui impose la révision du contenu du contrat, mais ses conséquences et ses effets sur l'opération elle-même, et plus concrètement le bouleversement de son économie générale.

La deuxième méthode d'évaluer le degré de liberté dont bénéficie le débiteur est *l'approche objective*[240]. Par rapport à la méthode subjective qui a en son cœur la notion de l'erreur, la méthode objective est centrée autour des notions « *de cause et d'objet* ». Celles-ci garantissent que le consentement des parties a été donné dans leur intérêt et dans des conditions valables. Leur cadre de référence n'est pas le lien entre le consentement et le contenu, mais elles s'intéressent au résultat.

En pleine concordance avec ce qui a été dit, la notion de cause vise l'effet. Elle ne s'intéresse pas au processus par lequel s'exprime le consentement, rôle rempli par l'erreur, car la cause est située en aval de l'erreur. Elle procède, techniquement, à une appréhension de la convention enlevée de toute considération subjective.

Il en va de même de la notion d'objet[241] comme en témoignent les difficultés rencontrées par les juges quand il s'agit de l'indétermination du prix. La validité de l'engagement est subordonnée à des conditions qui sont relatives à la quotité, et pas à l'existence d'une contrepartie. « *Le phénomène a ceci de commun avec le processus de*

---

[240] S. Obellianne, *op.cit*., p. 341 et s.

[241] A.-S. Lucas-Puget, *Essai sur la notion d'objet du contrat*, LGDJ, Paris, 2005, p. 352 et s.

subjectivisation de la cause qu'il attache des conséquences au montant de l'engagement et non pas seulement à son existence »[242].

Vu l'approche entre l'objectif et le subjectif et la confusion à laquelle elle donne naissance, ainsi que le risque que peut porter cette approche à la sécurité juridique, certains auteurs ont pu suggérer de réviser les notions de cause et d'objet.

La tâche n'a pas été simple car le système français est le plus attaché à la cause de tous les systèmes juridiques continentaux, par opposition au *common law* qui ignore cette notion.

La première proposition pour réduire la cause à une notion unitaire a été faite par l'avant-projet Catala. À l'article 1125, l'avant-projet tente de mettre un terme la confusion en prévoyant que « *l'engagement est sans justification, faute de cause réelle, lorsque dès l'origine, la contrepartie convenue est illusoire ou dérisoire* ». Pourtant cette formulation n'a pas rencontre l'indifférence, et une partie de la doctrine a conclu que « *l'avant-projet ne consacre pas le processus de subjectivisation de la cause, mais bien au contraire, renoue avec une conception traditionnelle de la cause objective, quoique ses promoteurs eux-mêmes s'en défendent* »[243].

Une nouvelle proposition a été faite. Ayant comme but de réformer le droit des contrats et d'harmoniser le droit français et les codifications les plus récentes en Europe (le Code civil allemand, le Code civil des Pays-Bas), le projet de la Chancellerie de 2008 a fait une proposition de réforme assez inédite.

En lisant les dispositions de l'article 49, article qui prévoit les conditions de la validité du contrat, on constate que la cause n'y figure plus[244]. En effet, le mot « *cause* » a disparu du projet[245], et a été remplacé par « *l'intérêt* ». D'après certains auteurs, « *il s'agit de la cause sous une autre dénomination* »[246].

---

[242] S. Obellianne, *op.cit.*, p. 341, n° 322.

[243] *Ibidem*, p. 343, n° 324.

[244] L'art. 49 du projet de la Chancellerie de mai 2008 : « *Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'un contrat : le consentement des parties contractantes ;leur capacité de contracter ;un contenu certain ;la licéité du contrat*.

[245] D. Mazeaud, « Réforme du droit des contrats : haro, en Hérault, sur le projet ! », *D.* 2008, p. 2675.

[246] C. Larroumet, « De la cause de l'obligation à l'intérêt au contrat. À propos du projet de réforme du droit des contrats », *D.* 2008, p. 2441.

Toutefois, la notion d'objet a été gardée, mais redéfinie[247]. Ainsi, prenant pour inspiration la définition du doyen Cornu, « *l'objet de l'obligation c'est la prestation due* ».

Le nouveau projet d'ordonnance de la Chancellerie de 2015 a une nouvelle position sur la cause. Ainsi, il dispose à l'article 1127 qu'ils ne sont nécessaire à la validité d'un contrat que le consentement des parties, leur capacité de contracter et un contenu licite et certaine, sans faire aucune référence sur la cause ou l'intérêt.

Section 3. Le principe du consensualisme

Le principe du consensualisme est l'un des principes dégagés de l'autonomie de la volonté qui encadrent la phase de la formation du contrat[248]. Il consacre la liberté des parties de choisir les modes d'extériorisation de leur volonté[249].

L'étude de principe du consensualisme débute par sa définition (Sous-section 1) et elle s'achève par la caractérisation de ses éléments constitutifs (Sous-section 2).

Sous-section 1. Définition du principe du consensualisme

« *Indispensable à la formation du contrat, l'accord des volontés ne peut se réaliser que si le consentement de chaque partie s'est extériorisé* »[250]. Toutefois, en droit français, le principe de consensualisme n'est prévu dans aucun texte de loi. En revanche, le nouveau Code civil roumain dispose expressément à l'article 1178 que : « *le contrat est conclu par le simple accord de volonté des parties si la loi n'impose pas une formalité particulière pour sa conclusion valable* ».

Après avoir caractérisé le principe du consensualisme (§1), il convient de définir la volonté créatrice d'engagement contractuel (§2).

---

[247] L'art. 81, al. 1er : « *L'obligation a pour objet une prestation [...]* ».

[248] V. Forray, *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, thèse, LGDJ, Paris, 2007, p. 8, n° 7.

[249] P. Malaurie, L. Aynès, P. Stoffel-Munck, *Droit civil. Les obligations*, 6e éd, LGDJ, Paris, 2013, p. 261, n° 535.

[250] F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, 11e éd., Dalloz, Paris, 2013, p. 154, n° 127.

§1. Caractérisation du principe

Comme l'affirme M. Forray, « *il n'est pas étonnant, dès lors, de constater que l'importance reconnue au consensualisme est inversement proportionnelle à la taille des développements qui lui sont consacrés dans les manuels de droit civil* »[251]. Ainsi, il existe des auteurs qui lui reconnaissent valeur de principe (a). Pourtant, « *chacun sait aussi que le principe vacille sous le poids des exceptions, plus nombreuses que ses applications, plus vivaces et mieux analysées* »[252] (b).

a. L'énoncé du principe du consensualisme

« *Le principe du consensualisme signifie que, sauf exception expresse, un contrat se forme par le seul échange des consentements [solo consensu] sans qu'aucune forme particulière ne soit nécessaire* »[253]. Ce principe gouvernait selon une approche chronologique le moment effectif de la conclusion du contrat[254].

Toutefois le principe du consensualisme ne doit pas être confondu avec le principe de la liberté contractuelle et plus précisément avec la liberté de contracter ou ne pas contracter. Vu que la liberté de contracter ou non gouverne une phase propre pour chaque contractant, qui est dynamique et qui se passe à l'intérieur de chacun, le principe du consensualisme s'applique sur la phase qui suit immédiatement celle de la liberté contractuelle, qui se passe à l'extérieur de la personne du contractant et vise les deux parties à un seul et unique moment, le moment de la rencontre de volontés des parties.

Selon le principe du consensualisme la convention est valable dès que deux volontés identiques se sont accordées sur la production d'obligations. Étant donné que « *la validité du contrat n'est soumise à aucune règle de forme, aucune rite particulier* »[255], « *solus consensus obligat* ».

---

[251] V. Forray, *op.cit.*, p. 1, n° 1.

[252] *Ibidem*.

[253] M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations. 1- Contrat et engagement unilatéral*, 3e éd. mise à jour, PUF, Paris, 2012, p. 219.

[254] Par « *contrat* » on envisage le contrat définitif, aussi que les avant-contrats.

[255] F.X. Testu, *Contrats d'affaires 2011/2012*, Dalloz, 2010, Paris, p. 9, n° 11.04.

L'article 1204 du nouveau Code civil roumain dispose pourtant que « *le consentement des parties doit être sérieux, libre et exprimé en connaissance de cause* ». Par cette norme du droit, la loi roumaine impose trois conditions au consentement. Tout d'abord, le consentement doit être sérieux, c'est-à-dire il doit avoir comme source la volonté de conclure le contrat. Ensuite, le consentement doit être exprimé en toute liberté (de volonté) pour assumer les obligations. Enfin, le consentement doit être exprimé suite à la prise de connaissance de toutes les informations sur les éléments essentiels du futur contrat.

Dans le même ordre d'idées, il existe parfois des exceptions dictées par la loi qui subordonne la conclusion du contrat à l'accomplissement d'une certaine forme. Les formalités dans l'équation de la formation du contrat ont le rôle en général *ad probationem* et non pas *ad validitatem*, sauf si un texte particulier l'exige.

b. Les exceptions au principe du consensualisme

La doctrine a identifié ces exceptions en deux formes différentes[256] réunies sous la notion de « *contrats formels* »[257]. Ainsi, la première catégorie du contrat formel est le contrat solennel. La forme solennelle qui est donnée au contrat vient protéger les parties s'elles n'ont pas réfléchi suffisamment sur l'acte futur, et de faire le contrat aussi opposable aux tiers.

La forme solennelle peut se présenter sous différentes manières[258]. Elle peut avoir la forme d'un acte authentique, c'est-à-dire la rédaction de l'acte par un officier public (l'article 1317 Code civil). Si l'officier public est un notaire, il s'agit d'une variété d'acte authentique, l'acte notarié.

Nous devons souligner que, en droit roumain, pour une vente immobilière, l'accord des parties sur la chose et sur le prix ne suffit pas pour la validité de l'acte. Il faut l'intervention d'un notaire en vue de sa publication au registre foncier[259]. Ainsi, la formalité

---

[256] « *Les rédacteurs du Code civil ayant adopté le principe du consensualisme, il faut poser en principe que les contrats se forment par le seul accord des volontés. Les contrats solennels et les contrats réels sont des exceptions* », H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, F. Chabas, *Leçons de droit civil. Obligations. Théorie générale*, t. II, vol. 1er, 9e éd., 1998, Montchrestien, Paris, 1998, p. 57.

[257] M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations. 1- Contrat et engagement unilatéral*, 3e éd. mise à jour, PUF, Paris, 2012, p. 220.

[258] P. Malaurie, L. Aynès, P. Stoffel-Munck, *Droit civil. Les Obligations*, Defrénois, 6e éd., Paris, 2013, p. 263 et s.

[259] CEDH, 1er juill. 2014, n° 32185/04, Bucias c/ Roumanie.

n'est pas une mesure qui a pour effet l'opposabilité du transfert de propriété aux tiers. Elle conditionne la validité de l'acte de vente immobilière[260].

Ensuite, la solennité peut être réduite à l'exigence d'un écrit sous signature privée. Pourtant, toutes les règles qui imposent la rédaction d'un acte écrit ne constituent pas une solennité. Il s'agit soit d'une règle de validité, soit d'une règle de preuve, et si la loi ne le précise pas, les juges les interprètent. Ainsi, s'ils décident que la règle est une règle *ad probationem*, se limitant à prescrire la preuve par écrit, *a contrario*, la règle est une condition *ad validitatem*.

Avec l'évolution de la technologie et l'apparition de l'internet, l'acte sous seing privé s'est prolongé aussi dans le commerce électronique. Ainsi, la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique a ajouté aux articles 1108-1 et 1108-2 du Code civil, qui prévoient que lorsqu'un contrat doit être établi par un acte écrit sous seing privé, il peut l'être en la forme électronique, sauf lorsqu'il a pour objet le droit de la famille ou des successions ou une sûreté personnelle qui n'est pas constituée par une personne pour les besoins de sa profession[261].

À la diversité des formes solennelles traditionnelles (acte authentique et acte sous seing privé), le droit contemporain ajoute les mentions informatives obligatoires et l'enregistrement[262]. Les mentions informatives viennent calmer les craintes qui peuvent exister à l'encontre d'un contrat.

La deuxième forme de contrats formels, exception au principe du consensualisme, est le contrat réel. La règle générale est que le contrat est conclu par le seul accord de volontés, sans avoir besoin de forme. Toutefois, certains contrats ne se forment que par l'accomplissement d'une formalité particulière. Ainsi, la conclusion du contrat réel exige un fait positif qui consiste en la remise d'une « *res* » (*chose*).

Par le formalisme de la remise de chose les cocontractants prennent conscience de la gravité de l'engagement. Cette remise n'est pas techniquement une obligation puisque le

---

[260] F. Marchandier, « La bonne foi du sous-acquéreur sous le contrôle de la Cour européenne des droit de l'Homme », *RDC* 1/2015, p. 136.

[261] J. Huet, « Encore une modification du Code civil pour adapter le droit des contrats à l'électronique [Loi LCEN du 21 juin 2004] », *JCP G*, 2004.I.176.

[262] P. Malaurie, L. Aynès, P. Stoffel-Munck, *op.cit.*, p. 265 et s.

contrat ne naît qu'une fois qu'il y a été procédé et, ainsi, la formalité est une condition de formation du contrat réel[263].

§2. La définition de la volonté

Sur un plan contractuel, que signifie la volonté ?

Au centre du consentement se trouve la volonté[264]. Elle a pour rôle de transformer une négociation interne (avec la partie elle-même) ou extérieure, qui n'a pas d'effet juridique, en un acte juridique porteur de droits et de obligations.

Même si la volonté interne des parties est le cœur du contrat, c'est la manifestation de volonté qui est l'élément primaire du contrat[265], car les émotions psychiques internes ne peuvent être que déductibles. Ainsi, la manifestation de volonté est « *l'action d'exprimer la volonté en vue d'un effet de droit [conclusion d'un contrat]* »[266].

La manifestation de volonté se manifeste sous deux formes : manifestation de volonté expresse ou déclaration de volonté et manifestation de volonté tacite. Les deux formes de manifestation comprennent d'abord une intention de contracter et d'exprimer cette volonté, intention qui est commune pour les deux formes. L'intention de faire connaitre au partenaire cette intention est propre à la manifestation expresse alors que l'intention d'exécution directe du contrat sans porter à la connaissance d'autrui la volonté de contracter est spécifique pour la manifestation tacite.

En ce qui concerne les formes qu'elle peut revêtir, nous distinguons pour la manifestation de volonté expresse les paroles, l'écriture, ainsi que les signes faits avec le corps ou bien encore les simples gestes qui, d'après la coutume, désignent la volonté de conclure. Pour la manifestation tacite, elles prennent la forme d'actions valant indices de la volonté.

En dépit du l'adage « *qui tacet, consentire videtur* » (qui ne dit mot consent), le silence ne vaut pas volonté tacite. La différence entre le silence et la volonté tacite est la

---

[263] M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations. 1- Contrat et engagement unilatéral*, 3e éd., PUF, Paris, 2012, p. 221.

[264] J. Carbonnier, *Droit civil. Les biens. Les obligations*, vol. II, PUF, Paris, 2004, p. 1974.

[265] *Ibidem*.

[266] G. Cornu, *op.cit.*, p. 639.

matérialisation, l'extériorisation, de la volonté. Ainsi, le contrat ne se formera pas si une des parties n'a pas exprimé sa volonté après la réception de l'offre, en gardant le silence.

Toutefois, la loi prévoit des exceptions, en donnent au silence la valeur d'une manifestation de volonté tacite. C'est le cas de la tacite reconduction du Code civil concernant le contrat à durée déterminée[267].

Sous-section 2. Les éléments du consentement

Élément essentiel du contrat, le consentement est composé par l'offre (§1) et l'acceptation (§2). C'est au moment et au lieu où ces deux éléments se rencontrent que le contrat se forme (§3).

§1. L'offre

Dans le droit français, le droit roumain ainsi que les projets européens il n'y a pas une définition directe de l'offre, mais tous la caractérisent par rapport à ses conditions. Ainsi, le droit français comprend par « *l'offre* » une « *proposition* »[268] ou une « *manifestation de volonté* »[269]. De même, l'article 1188, alinéa 1 du nouveau Code civil roumain, l'article 2 : 302 du Principe européen du contrat, comme l'article 2.1.2 des principes UNIDROIT

---

[267] L'art. 1738 du C.civ.fr. : « *Si, à l'expiration des baux écrits, le preneur reste et est laissé en possession, il s'opère un nouveau bail dont l'effet est réglé par l'article relatif aux locations faites sans écrit* » ; l'art. 1759 du C.civ.fr. : « *Si le locataire d'une maison ou d'un appartement continue sa jouissance après l'expiration du bail par écrit, sans opposition de la part du bailleur, il sera censé les occuper aux mêmes conditions, pour le terme fixé par l'usage des lieux, et ne pourra plus en sortir ni en être expulsé qu'après un congé donné suivant le délai fixé par l'usage des lieux* ».

[268] P. Malaurie, L. Aynès, P. Stoffel-Munck, *Droit civil. Les obligations*, 6e éd., LGDJ, Paris, 2013, p. 226, n° 465 ; F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, 11e éd., Dalloz, Paris, 2013, p. 130, n° 107 ; G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 10e éd, PUF, Paris, 2014, p. 707, sens 2 et 3 de la notion de l'offre.

[269] G. Cornu, *op.cit.*, sens 1 ; S. Guinchard, T. Debard, *Lexique des termes juridiques*, 16e éd., Dalloz, Paris, 2007, p. 455.

voient dans l'offre une « *proposition* ». Le Code Gandolfi à l'article 12 dispose à son tour que l'offre est une « *déclaration* ».

Pour résumer toutes les définitions de l'offre, nous pouvons dire que l'offre en droit français est « *la manifestation de volonté, expresse ou tacite, par laquelle une personne propose à une ou plusieurs autres [déterminées ou indéterminées] la conclusion d'un contrat à certaines conditions* »[270].

Cependant, le projet Catala se différencie de cette perception de l'offre. Ainsi, l'article 1105-1 définit l'offre comme étant « *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* ».

Il faut remarquer que le projet d'ordonnance de la Chancellerie de mars 2015 ne contient aucune définition de l'offre, en se résumant seulement à dire à l'article 1113 que « *la formation du contrat requiert la rencontre d'une offre et d'une acceptation, manifestant la volonté de s'engager de chacune des parties* ».

La qualification de l'offre d'acte unilatéral a fait naitre un vrai débat dans la doctrine tant française[271], que roumaine[272]. D'abord, l'offre est une manifestation de volonté ou une proposition qui sera ensuite qualifiée en fonction des différentes circonstances qui l'entourent (l'existence ou pas d'un délai d'acceptation, la perception du comportement de l'offrant par le destinataire ou d'autres). Ce fait suscitera des confusions en cas de révocation ou de décès de l'offrant. De plus, il sera difficile de différencier l'offre d'une promesse unilatérale. Enfin, l'effet juridique d'un acte unilatéral peut être abdicatif, situation de toutes les renonciations, ou extinctif pour les résiliations ou les révocations, aussi bien que déclaratif, comme c'est le cas de la reconnaissance d'une dette ou d'un enfant naturel, ou translatif, qui est la situation du testament, « *mais, en aucun cas, il n'est générateur d'obligations au sens technique du terme* »[273].

---

[270] G. Cornu, *op.cit.*, p. 707.

[271] F. Terré (*dir.*), *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, Paris, 2009, p. 122.

[272] L. Pop, I.F. Popa, S.I. Vidu, *Tratat elementar de drept civil. Obligatii. Conform noului Cod civil*, Universul Juridic, Bucarest, 2012, p. 101 ; I. Turcu, *Noul Cod civil republicat. Cartea a cincea. Despre obligatii*, 2e éd., C.H. Beck, Bucarest, 2011, p. 160.

[273] B. Starck, H. Roland, L. Boyer, *Droit civil. Les obligations. 2. Contrat*, 6e éd., Litec, Paris, 1998, p. 19, n° 55.

L'étude des conditions de l'offre (a) précédera celle de l'engagement unilatéral de volonté (b) et de la rétractation, la révocation et de la caducité (c).

a. Les conditions de l'offre

Pour qu'une manifestation de volonté soit qualifiée d'offre, elle doit remplir certaines conditions. Dans la doctrine nous rencontrons les conditions aussi appelées « *caractères de l'offre* »[274] ou « *éléments de l'offre* »[275].

Tout d'abord, en droit français l'offre doit être ferme[276] dans le sens que la proposition est la manifestation de volonté de l'auteur d'être lié en cas d'acceptation. Elle doit ainsi contenir tous les éléments essentiels du contrat projeté. Donc elle doit aussi être précise[277]. De plus par ses caractères de fermeté et de précision, l'offre de contracter se différencie de l'appel d'offre ou l'invitation d'entrer en pourparlers.

La fermeté et la précision sont également retenues dans les projets de réforme du droit des obligations français : le projet Catala à l'article 1105 - 1, le projet Terré à l'article 15, le projet de la Chancellerie de 2008 à l'article 23 et le projet d'ordonnance de 2015 à l'article 1114. Les projets européens les prévoient aussi, même si elles ne sont pas si claires. Ainsi, les Principe Unidroit[278], les Principe Lando[279] ou le Code Gandolfi[280] créent des discussions sur les éléments essentiels du contrat, en donnant l'impression que la condition de la précision n'a pas la même force qu'en droit français[281].

---

[274] Y. Buffelan-Lanore, V. Larribau-Terneyre, *Droit civil. Les obligations*, 13e éd., Sirey, Paris, 2012, p. 274.

[275] C. Larroumet, *Droit civil. Les obligations. Le contrat*, 1e partie, *Conditions de formation*, t. III, 6e éd., Economica, Paris, 2007, p. 215, n° 237.

[276] Cass.com., 6 mars 1990, n° 88-12.477, *Bull.civ.* IV, n° 74, p. 51 ; *JCP* 1990, 21583, note B. Gross ; *Defrénois* 1991, 356, obs. J.-L. Aubert ; Cass.com., 3 juin 2003, n° 00-17.008, *RDC* 2004, 633, obs. D. Mazeaud.

[277] Cass. 1er civ., 13 juin 1972, n° 71-11.455, *Bull.civ.* III, n° 392 ; Cass.com., 9 mai 1961, *Bull.civ.* III, n° 197.

[278] L'art. 2.1.2 : « *Une proposition de conclure un contrat constitue une offre si elle est suffisamment définie et si elle indique la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation* ».

[279] L'art. 2 : 201 : « *Une proposition constitue une offre lorsque : a) elle indique la volonté d'aboutir à un contrat en cas d'acceptation ; b) et renferme des conditions suffisamment précises pour qu'un contrat soit formé* ».

[280] L'art. 13 : « *Pour être une offre, une déclaration doit comporter : les conditions du contrat à stipuler ou des indications suffisantes quant à la possibilité de déterminer le contenu ; doit exprimer au moins implicitement la volonté de l'auteur de l'offre de se considérer comme lié en cas d'acceptation* ».

[281] C. Prieto, « L'offre et l'acceptation », *in* C. Prieto (*dir.*), *Regards croisés sur les principes du droit européen du contrat et sur le droit français*, PUAM, Aix-en-Provence, 2003, p. 189 s.

Le nouveau Code civil roumain s'inscrit dans la ligne tracée par les projets européens[282] et, à l'article 1188, alinéa 1, il prévoit qu'une proposition sera une offre si elle contient des « *éléments suffisants* » pour former le contrat. Vu que cette notion d'« *éléments suffisants* » n'est pas assez claire, la doctrine[283] a proposé de la comprendre dans le sens prévu à l'article 1182, alinéa 2[284], c'est-à-dire synonyme d' « *éléments essentiels* ». La raison du choix de l'expression « *éléments suffisants* » vient de l'influence de l'article 14-1[285] de la Convention de Vienne des Nations-Unies sur la vente internationale de marchandises du 11 avril 1980.

Le droit roumain reconnait aussi parmi les éléments constitutifs de l'offre la fermeté. Ainsi, la simple acceptation de l'offre vaut conclusion du contrat. À défaut de fermeté, l'offre sera qualifiée d'invitation à entrer en pourparlers.

Pourtant, dans la pratique, les situations où une offre est assortie d'une réserve[286] se rencontrent assez souvent. La réserve peut être prévue expressément dans le contenu de l'offre. Cela est le cas d'une offre limitée à une quantité définie de marchandises ou le cas d'un offrant qui se réserve la possibilité de modifier les propositions ou de refuser de conclure sans indiquer les raisons. Dans les deux hypothèses, il ne s'agit pas d'une véritable offre mais d'une invitation à entrer en négociations.

La réserve peut très bien être tacite[287]. C'est en général le cas de l'offre faite à personne indéterminée et elle résulte soit de la volonté présumée de l'offrant, soit des usages.

Également, « *pour lier le pollicitant et permettre la formation du contrat [...] l'offre doit ne pas être équivoque* »[288], en ce sens que l'offre ne doit pas produire de confusions et des interprétations différentes de la volonté des parties matérialisée dans le contenu de celle-ci.

---

[282] F. Pavel, « Incheierea contractului », *in* M. Uliescu (*dir.*), *Noul code civil. Studii si comentarii. Despre obligatii*, vol. III, p. I, cartea a V-a, Universul Juridic, Bucuresti, 2014, p. 104.

[283] L. Pop, *op.cit.*, p. 102.

[284] L'art. 1182, al.2 (la conclusion du contrat) : « *Il est suffisant que les parties soient d'accord sur les éléments essentiels du contrat [...]* ».

[285] L'art. 14-1 : « *Une proposition est suffisamment précise lorsqu'elle désigne les marchandises et, expressément ou implicitement, fixe la qualité et le prix ou donne des indications permettant de les déterminer* ».

[286] J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, « Formation du contrat. Le contrat – Le consentement », *in* J. Ghestin, *Traité de droit civil*, t. I, 4e éd., LGDJ, Paris, 2013 p. 621, n° 847.

[287] H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, F. Chabas, *Leçons de droit civil. Obligations. Théorie générale*, t. II, vol. 1er, 9e éd., 1998, Montchrestien, Paris, 1998, p. 126, n° 133.

Ensuite, pour que l'offre produise ses effets, elle doit être extériorisée, car la conclusion du contrat nécessitera la manifestation de volonté du destinataire exprimée sous la forme de l'acceptation[289]. Donc, pour qu'une proposition soit qualifiée d'offre, elle doit être faite à un destinataire, susceptible de l'accepter. La doctrine française[290] comprend par personne susceptible d'acceptation toutes personnes déterminées, *intuitu personae* aussi bien que les personnes indéterminées ou le public.

Le projet Catala à l'article 1105-1 dispose aussi que l'offre est proposée par l'auteur « *à personne déterminée ou indéterminée* », de même que les articles 23[291] et 1114[292] des projet de réforme de la Chancellerie. Cependant, le nouveau Code civil roumain à l'article 1189 opère un changement dans le système juridique national. Avant la réforme, la législation roumaine prévoyait, comme le droit français, que les propositions qui remplissaient les conditions et qui ont été proposées tant aux personnes déterminées qu'indéterminées étaient des offres de contracter. Après la réforme de 2011, la loi à l'alinéa 1 de l'article 1189 dispose que « *la proposition adressée à des personnes indéterminées, alors même qu'elle est précise, ne vaut pas offre mais, selon les circonstances, sollicitation de l'offre ou intention d'entrer en négociation* ». Ainsi, la proposition n'aura pas la valeur juridique d'une offre mais, celle d'une sollicitation d'offre ou d'une intention de négociation.

Nous pensons que l'expression « *intention de négociation* » n'est pas employée de façon appropriée dans le texte de l'article, car le mot « *intention* » désigne le désir, le plan par lequel on se propose un but, l'intention de négocier, qui se passe en notre for intérieur. Ainsi, il aurait été préférable d'employer dans la rédaction la formule prévue en droit français « *invitation d'entrer en pourparlers (ou négociations)* ».

Donc, le législateur roumain par la disposition de l'article 1189, alinéa 1, institue une présomption de réserve de l'offre, qui est incompatible avec son caractère non équivoque[293].

---

[288] Cass.1er civ., 18 juillet 1967, *Bull.civ.* I, n° 268, p. 199.

[289] C. Larroumet, *op.cit.*, p. 221, n° 244.

[290] H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, F. Chabas, *op.cit.*, p. 124, n° 131.

[291] L'art. 23 du projet de la Chancellerie de mai 2008 : « *Est une offre la manifestation de volonté, faite à personne déterminée ou indéterminée […]*».

[292] L'art. 1114 du projet d'ordonnance de la Chancellerie de mars 2015 : « *L'offre […] peut être faire à personne déterminée ou indéterminée* ».

[293] L. Pop, I.F. Popa, S.I. Vidu, *op.cit.*, p. 104.

Toutefois, l'alinéa suivant prévoit, à titre d'exception, que « *la proposition [faite à personne indéterminée] vaut offre si tel est le sens de la loi, des usages ou des circonstances lorsque ces dernières sont exclusive de toute doute* » (article 1189, alinéa 2 du nouveau Code civil roumain).

Expression de la volonté de l'auteur de s'engager dans le contrat, l'offre, « *tant qu'elle n'est pas acceptation, et parce qu'elle n'est pas analysée comme un engagement unilatéral de volonté, ne lie pas le pollicitant* »[294]. En conséquence, l'offre pourra être librement révoquée.

Mais, tout d'abord, nous allons concentrer notre attention sur les notions d'offre et d'engagement unilatéral de volonté.

b. L'engagement unilatéral de volonté

À l'opposé de l'acte unilatéral de volonté, l'engagement unilatéral est créateur d'obligation[295]. Cependant, la doctrine française se pose la question de savoir si de la déclaration unilatérale peut naître l'obligation à la charge du déclarant et, historiquement, elle décrit trois théories[296].

Classiquement, à l'exception des situations qui sont prévues par la loi, la volonté unilatérale n'a pas la force du créer une obligation au profit d'un tiers et à la charge de l'offrant. En vertu de cette théorie, l'offre ne doit pas être maintenue et elle peut être rétractée à tout moment. Également, l'offre sera caduque de plein droit si l'offrant décède ou s'il est incapable.

Étant donné que le retrait d'une offre ferme à tout moment posera des problèmes dans le monde des affaires, la doctrine et les tribunaux ont trouvé un moyen pour le sanctionner. Ainsi, l'offrant ne sera pas engagé par son offre mais, à l'opposé de la théorie classique, si le retrait ou le refus de contracter a causé un préjudice, les actions seront considérées comme fautives[297].

---

[294] Y. Buffelan-Lanore, V. Larribau-Terneyre, *Droit civil. Les obligations*, 13e éd., Sirey, Paris, 2012, p. 231, n° 614 et s.

[295] B. Starck, H. Roland, L. Boyer, *op.cit.*, p. 19, n° 56.

[296] *Ibidem*, p. 20.

[297] Cass.soc., 22 mars 1972, *D.* 1972, 468.

Ainsi, certains auteurs[298] fondent la force obligatoire de l'offre sur un avant-contrat. Lorsque l'offre est parvenue à la connaissance du destinataire, il a tacitement accepté un avant-contrat, distinct du contrat proposé.

Née en Autriche[299], une nouvelle théorie a été introduite dans la doctrine française. La théorie de la volonté unilatérale source autonome d'obligation reconnait la valeur juridique de l'engagement unilatéral s'il réunit deux conditions. D'abord, pour qu'il soit déclaré obligatoire, l'engagement doit être ferme et précis et, ensuite, doit exister un délai de réflexion. La volonté unilatérale sera créatrice d'obligation seulement dans le cadre du droit objectif, c'est-à-dire lorsque la loi ou une autre source de droit en consacre l'efficacité[300].

Concernant les projets de réforme, le projet Catala admet la valeur obligatoire de l'offre faite à personne déterminée lorsque l'offrant s'est engagé à la maintenir pendant un délai précis. Ainsi, « *ni sa révocation prématurée, ni l'incapacité de l'offrant, ni son décès ne peut empêcher la formation du contrat* »[301].

Toutefois, après les critiques apportées par les acteurs économiques, le projet de la Chancellerie de mai 2008 a écarté l'analyse de l'offre en un engagement unilatéral de volonté. Le projet propose à l'article 26 que la rétractation n'engage que la responsabilité délictuelle et, à l'article 27, alinéa 2, que l'offre sera caduque « *en cas d'incapacité ou de décès de son auteur* ». Aussi, le nouveau projet d'ordonnance de la Chancellerie de mars 2015 prévoit à l'article 1117 que « *la révocation de l'offre [...] n'engage que la responsabilité extracontractuelle de sont auteur* » et à l'article suivant que l'offre est caduque à l'expiration du délai fixé par son auteur ou à l'issues d'un délai raisonnable, ainsi qu'en cas d'incapacité ou de décès de son auteur.

Mais, qu'est-ce que devons-nous comprendre par rétractation, révocation et caducité de l'offre ? Quelles sont les différences entre les trois notions ?

c. Rétraction, révocation, caducité

La rétractation est définie comme « *la manifestation de volonté contraire par laquelle l'auteur d'un acte ou d'une manifestation unilatérale de volonté entend revenir sur sa volonté*

---

[298] C. Demolombe, *Cours de Code de Napoléon*, t. XXIV, Durant et Pedone Lauriel, Paris, 1869, n° 63 et s.

[299] H. Siegel, *Das Versprechen als Verpfichtungsgrund in heutingen Recht*, Berlin, 1874.

[300] B. Starck, H. Roland, L. Boyer, *op.cit.*, p. 35, n° 102.

[301] L'art. 1105-4 du projet Catala.

et la retirer comme si elle était non avenue, afin de la priver de tout effet passé ou à venir »[302].

À l'opposé, la révocation caractérise « *l'acte unilatéral de rétractation par lequel une personne entend mettre à néant un acte antérieur dont elle est l'unique auteur ou même un contrat auquel elle est partie et qui produit cet effet dans les cas déterminés par la loi* »[303].

Même si la révocation est définie par la notion de rétractation, il y a une différence entre les deux. L'offre « *étant une manifestation de volonté hybride, oscillant entre simple manifestation et engagement* »[304], elle se distingue sur l'axe du temps : un premier temps compris entre le moment de l'émission de l'offre et tant qu'elle n'a pas été reçue par le destinataire et un deuxième temps délimité par le moment de la réception de l'offre et l'émission de l'acceptation.

La première période de temps est gouvernée par le principe de la libre rétractation et la deuxième période est placée sous le signe du principe de la libre révocation car l'engagement de l'offrant a pris forme. Donc, l'offrant peut librement rétracter l'offre à tout moment tant qu'elle n'est pas parvenue à la connaissance de son destinataire, et elle pourrait être révoquée si l'acceptation n'a pas été reçue. Nous avons employé le conditionnel car l'offre une fois reçue par son destinataire se transforme dans un engagement qui limite la liberté de le révoquer.

Les projets de réforme tant français qu'européens sont précis et divergent entre eux sur ce sujet. Ainsi, le projet Catala à l'article 1105-2 considère que la révocation est possible « *tant qu'elle n'est pas parvenue à la connaissance de son destinataire* ». Le projet Terré[305] ainsi que le projet de la Chancellerie de mai 2008[306] font eux aussi la distinction. De plus, par rapport au projet Catala, ils emploient le terme « *rétractation* » en place de « *révocation* ».

Toutefois, le projet d'ordonnance de la Chancellerie de mars 2015 utilise distinctement les deux notions. Ainsi, à l'article 1115 il est prévu que l'offre « *peut être librement rétractée tant qu'elle n'est pas parvenue à la connaissance de son destinataire* » et à l'article 1116 et

---

[302] G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 10e éd., PUF, Paris, 2014, p. 923.

[303] *Ibidem*, p. 929.

[304] C.A. de Vincelles, « Le processus de conclusion du contrat », *in* F. Terré (*dir.*), *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, Paris, 2009, p. 125.

[305] L'art. 17 du projet Terré: « *L'offre peut être librement rétractée tant qu'elle n'est pas parvenu à la connaissance de son destinataire* ».

[306] L'art. 24 du projet de la Chancellerie de 2008 : « *L'offre peut être librement rétractée tant qu'elle n'est pas parvenu à la connaissance de son destinataire* ».

1117 ils sont disposés les conditions dans lesquelles elle peut être « *révoquée* » et la responsabilité civile qui s'engage si l'obligation de maintient l'offre est violée.

Les projets européens mettent l'accent sur la volonté déclarée du destinataire d'accepter l'offre comme élément déterminant. Dans ce sens, la révocation de l'offre sera possible jusqu'à « *l'émission de l'acceptation* »[307].

Le nouveau Code civil roumain à l'article 1199 prévoit que « *l'offre ou l'acceptation peut être rétractée si la rétractation parvient au destinataire antérieurement ou concomitamment avec l'offre ou, selon le cas, avec l'acceptation* ». Et l'article 1200 alinéa 1 dispose que « *l'offre, l'acceptation, ainsi que leur révocation produisent leurs effets uniquement à partir du moment où elles parviennent au destinataire, même si ce dernier n'en prend pas connaissance pour des raisons qui ne lui sont pas imputables* ».

Par cette disposition le législateur roumain fait lui aussi la distinction entre la révocation et la rétractation. La distinction n'a pas pourtant un caractère de nouveauté dans le système roumain, la doctrine roumaine[308] faisant déjà cette différence.

Dans le système français, compte tenu de la jurisprudence de la Cour de cassation, il est imposé aux juges de « *rechercher si l'acceptation était intervenue dans le délai raisonnable nécessairement contenu dans toute offre de vente non assortie d'un délai* »[309]. En conséquence, toutes les offres comportent un délai pendant lequel elles peuvent être acceptées. Il peut être prévu dans l'offre par l'offrant ou, à défaut, le délai peut résulter de la nature du contrat projeté dont la durée varie selon les circonstances[310].

---

[307] Les Principe Lando à l'article 2 : 202 distinguent que si l'acceptation se réalise par écrit, la révocation est possible jusqu'à l'expédition de l'acceptation ou, si l'acceptation se réalise par un comportement, la révocation est possible tant que le contrat n'a pas été conclu, autrement dit tant que l'offrant n'a pas connaissance du comportement de l'acceptant.

Le Code Gandolfi à l'article 15.1 prévoit que : « *L'offre peut être révoquée tant que son destinataire n'a pas expédié son acceptation* ».

Les Principes Unidroit 2010, article 2.1.4, alinéa 1 : « *Jusqu'à ce que le contrat ait été conclu, l'offre peut être révoquée si la révocation parvient au destinataire avant que celui-ci ait expédié son acceptation* ».

[308] C. Statescu, C. Birsan, *Drept civil. Teoria generala a obligatiilor*, 8e éd., All Beck, Bucarest, 2002, p. 47, n° 30.

[309] Cass. 3e civ., 20 mai 2009, n° 08-13.230, *RDC* 2009.1325, note Y.-M. Laithier.

[310] Cass. 3e civ., 21 octobre 1975, *Bull.civ.* III., n° 302.

Concernant la durée du délai non prévue dans l'offre il faut trouver le juste équilibre entre la protection du destinataire de l'offre, qui doit disposer d'un délai suffisant pour prendre connaissance de l'offre et réfléchir, et la protection de l'offrant qui ne doit pas se trouver lié pendant un délai anormalement long[311]. Ainsi le destinataire de l'offre doit bénéficier d'un délai raisonnable.

En ce qui concerne les projets européens, les principes Lando à l'article 2 : 206 disposent : « *(1) l'acceptation d'une offre doit, pour produire effet, parvenir à l'offrant dans le délai qu'il a imparti. (2) Si aucun délai n'a été fixé par l'offrant, l'acceptation doit lui parvenir dans un délai raisonnable* ». Ainsi, les principes évoquent un délai raisonnable non pour « *stigmatiser* » le maintien de l'offre mais plutôt le délai pendant lequel l'acceptation doit être émise pour être efficace. *A contrario*, l'offre devient caduque.

Pourtant, en cas de rétractation de l'offre pendant le délai précisé ou raisonnable, la jurisprudence[312] a imposé la réalisation forcée du contrat en vertu de l'effet de l'acceptation, compte tenu de l'inefficacité du retrait de l'offre. Aussi, les principes Lando (l'article 2 : 202, alinéa 3) et les principes Unidroit (l'article 2.1.4, alinéa 2) concordent pour que le contrat soit formé, laissant « *sans effet* » la rétractation illégitime.

Nous constatons toutefois que le projet de la Chancellerie de 2008 prévoit à l'article 26 l'engagement de la responsabilité délictuelle et le tenir compte de la perte des bénéfices attendus du contrat. Aussi, le projet d'ordonnance de la Chancellerie de mars 2015 dispose à l'article 1117 que « *la révocation de l'offre [...] n'engage que la responsabilité extracontractuelle de son auteur, sans l'obliger à compenser la perte des bénéfices attendus du contrat* ».

Quant au projet Terré (l'article 18, alinéa 2) et au projet Catala (l'article 1105-4) ils consacrent la sanction de la réparation en nature, à condition que l'offre soit faite à personne déterminée. Pour la sanction de la rétractation de l'offre faite à personne indéterminée, au public, les projets préfèrent la responsabilité délictuelle sans obliger la conclusion du contrat projeté.

Il faut noter que la Cour de cassation française opéré un revirement de sa jurisprudence sur la question de la révocation de l'offre. Dans un arrêt rendu par la troisième chambre civile

---

[311] Y. Buffelan-Lanore, V. Larribau-Terneyre, *op.cit.*, p. 275, n° 744.

[312] Cass. 3e civ., 7 mai 2008, n° 07-11.690, *D.* 2008. AJ. 1480, obs. G. Forest ; Cass. 3e civ., 20 mai 2009, n° 08-13.230, *RDC* 2009.1325, note Y.-M. Laithier.

le 17 septembre 2014, elle a statué que « *l'offre de vente résultant de la déclaration d'intention d'aliéner constitue jusqu'à son acceptation par le titulaire du droit de préemption une simple pollicitation qui peut être rétractée unilatéralement* »[313]. Ainsi, la Cour de cassation fait application de la théorie de la réception de l'acceptation, c'est-à-dire que tant que le pollicitant n'a pas réceptionné l'acceptation, exerçant son droit de préemption, l'offre peut être révoquée[314]. Donc, il faut prendre en compte la date de réception de l'acceptation pour voir si la révocation de l'offre est efficace ou non[315].

L'ancien Code civil roumain ne comportait aucune précision concernant la force obligatoire de l'offre. C'était l'article 37 du Code de commerce (abrogé en présent) qui disposait que « *jusqu'au moment de la conclusion du contrat, l'offre et l'acceptation sont révocables* ».

Par la forme qui est donnée par le nouveau Code civil roumain (l'article 1191 à l'article 1195) au caractère obligatoire de l'offre, nous remarquons que l'offre peut être révocable et irrévocable, avec délai ou sans délai, adressée à une personne présente ou absente. Conformément à cette classification, les effets juridiques de l'offre sont différents. Ainsi, si l'offre est faite à une personne présente avec un délai d'acceptation, l'offrant est obligé de la maintenir pendant ce délai (l'article 1191, alinéa 1er du Code civil). Si l'offre est sans délai de réflexion, et elle n'est pas acceptée tout de suite, l'offrant n'a aucune obligation de la maintenir et il peut la rétracter à tout moment[316].

Est considérée comme personne présente, la personne qui se trouve dans le même lieu que l'offrant ou la personne qui a communiqué immédiatement une manifestation de volonté avec celle-ci par téléfax ou d'autres techniques de communication (l'article 1194, alinéa 2 Code civil).

Si l'offre est faite à une personne absente avec un délai de réflexion, l'offrant sera obligé de la maintenir pendant la période de réflexion. Ainsi, l'article 1191, alinéa 1 du

---

[313] Cass. 3e civ., 17 septembre 2014, n° 13-21.824, *D.* 2014.1874 ; *AJDA* 2014.1800 ; C. Quézel-Ambrunaz, J. Le Bourg, « *De la théorie de l'émission et de la réception en matière de droit de préemption* », RDC 1/2015, p. 53.

[314] S. Amrani-Mekki, M. Mekki, « *Droit des contrats janvier 2014 - janvier 2015* », *D.* 2015, p. 529.

[315] H. Barbier, « *Révocation de l'offre : du nouveau dans les théories de l'émission et de la réception* », *RTD civ.* 2014, p. 879.

[316] L'art. 1194, al. 1er du n.C.civ.ro. : « *L'offre sans délai d'acceptation, adressée à une personne présente, reste sans effets juridiques si elle n'est pas acceptée immédiatement* ».

nouveau Code civil prévoit que l' « *offre est irrévocable dès l'instant où son l'auteur s'oblige à la maintenir pendant un certain délai. L'offre est, aussi, irrévocable lorsque qu'elle peut être considérée ainsi en raison de l'accord des parties, des pratiques devenues constantes entre elles, des négociations, du contenu de l'offre ou des usages* ».

La notion de « *personne absente* » vise la personne qui n'est pas face-à-face avec l'offrant et entre les deux la communication ne peut pas se réaliser directement. L'offre, dans ce cas, pourra être envoyée par la poste, le téléfax, e-mail, radio, télé, ou autre moyens de communication.

Concernant le moment du début de l'écoulement du délai d'acceptation, l'article 1192 du nouveau Code civil roumain prévoit que « *le délai d'acceptation court à compter du moment où l'offre parvient au destinataire* ».

Si l'offre est faite à une personne absente sans délai de réflexion, elle doit être « *maintenue durant le délai raisonnable à même de permettre au destinataire de la recevoir, de l'analyser et d'expédier son acceptation* » (l'article 1193, alinéa 1er du Code civil roumain). Ainsi, le texte de loi établit une obligation une légale de maintient de l'offre un temps raisonnable. La duré de ce « *temps raisonnable* » est évaluée en fonction des situations, des circonstances, de la nécessité du destinataire pour former son consentement, de l'analyse et la réponse à l'offre reçue.

Autrement dit, la révocation d'une offre sans délai adressée à une personne indéterminée ne peut pas produire effet si elle se fait dans délai qualifié par la loi de raisonnable.

Concernant l'offre, elle sera caduque en général lorsque la volonté de son auteur, élément constitutif essentiel, disparaît. « *La caducité est la sanction qui atteint un acte valablement formé à l'origine [sinon il y aurait nullité], mais qui perd ensuite une des conditions nécessaires à sa validité* »[317]. Nous pouvons distinguer, sans être exhaustif, quatre situations.

D'abord, une offre qui contient un délai d'acceptation, dévient caduque à l'expiration du délai stipulé, car la volonté de l'auteur n'existe plus. L'offre devient aussi caduque si elle

---

[317] M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations. 1- Contrat et engagement unilatéral*, 3e éd., PUF, Paris, 2012, p. 268.

est sans délai exprès. Elle sera caduque à l'expiration du délai raisonnable qui est apprécié en conséquence de l'objet de l'offre ainsi que selon la personne du bénéficiaire[318].

Ensuite, l'incapacité de l'offrant entraîne la caducité de l'offre. La raison est toujours la disparition de la volonté de l'offrant. Toutefois, cette incapacité doit survenir après l'émission de l'offre car si elle existait avant, l'offre sera nulle. De même, « *l'offre, qui n'est pas assortie d'un délai est caduque par le décès de celui dont elle émane avant qu'elle ait été acceptée* »[319]. Pourtant, si l'offre était assortie d'un délai, les héritiers auraient dû respecter la proposition du *de cujus*[320]. Ainsi, pour la Cour de cassation, tout repose sur l'existence d'un délai expressément prévu.

Une quatrième situation de caducité est le rejet d'une offre par son destinataire[321]. Le rejet peut être formel ou il peut résulter d'une contre-proposition. L'offrant initial peut ainsi accepter cette nouvelle offre mais, il peut également refuser de contracter avec le destinataire initial et conclure le contrat avec un tiers.

Au niveau européen, les principes Lando restent muets sur la caducité de l'offre. Les Principes Unidroit de 2010 à l'article 2.1.5 intitulé « *Rejet de l'offre* » (« *Rejection of offer* ») prévoit qu' « *une offre est terminée quant un rejet parvient à l'offrant* »[322]. Cependant, pour les cas d'incapacité et de décès les principes Unidroit ne prévoient rien.

Le Code Gandolfi à l'article 18 se prononce en faveur de « *l'efficacité* » de l'offre malgré l'incapacité ou le décès de l'offrant, « *sauf si cela est justifié par la nature de l'affaire ou par les circonstances* ».

En ce qui concerne les projets français de réforme, le projet Catala a affirmé un principe de caducité de l'offre en cas de décès et d'incapacité de l'offrant avant toute

---

[318] *Ibidem*, p. 269.

[319] Cass. 1er civ., 25 juin 2014, n° 13-16.529, *D.* 2014. 1574, note A. Tadros.

[320] S. Amrani-Mekki, M. Mekki, *loc.cit.*, *D.* 2015, p. 529.

[321] F.X. Testu, *Contrats d'affaires 2010/2011*, Dalloz, Paris, 2010, n° 21.12, p.62.

[322] L'art. 2.1.5 : « *An offer is terminated when a rejection reaches the offeror* ».

acceptation[323] à l'exception de l'offre adressée a personne déterminée et l'engagement de la maintenir pendant un délai précisé[324].

La position a été critiquée ; à l'article 16 le projet Terré et à l'article 27 le projet de la Chancellerie de mai 2008 disposent sans autre remarque ou condition que « *l'offre est caduque à l'expiration du délai fixé par son auteur ou, à défaut, à l'issue d'un délai raisonnable* » et également « *en cas d'incapacité ou de décès de son auteur* ».

Le nouveau projet d'ordonnance de la Chancellerie prévoit également à l'article 1118 les cas dans lesquels l'offre est caduque[325].

La caducité en droit roumain n'a pas été définie dans l'ancien Code civil et ni dans le nouveau. Ainsi, il est revenu à la doctrine de préciser que par caducité nous pouvons comprendre la privation des effets de l'offre à cause d'une cause indépendante de la volonté de l'offrant[326].

Toutefois, à l'article 1195, le nouveau Code civil prévoit expressément les cas de caducité : Ainsi, « *(1) l'offre devient caduque lorsque : a) l'acceptation ne parvient pas à l'offrant dans le délai fixé ou, à défaut, dans le délai mentionné au premier alinéa de l'article 1193 ; b) le destinataire la refuse. (2) Le décès ou l'incapacité de l'offrant entraine la caducité de l'offre irrévocable seulement si la nature de l'affaire ou les circonstances l'imposent* ».

Nous observons que la caducité, selon l'alinéa 1, lettre a et b, aura lieu dans la situation où l'offre ne parvient pas à son destinataire dans le délai établi ou dans un délai raisonnable de maintenir l'offre. De même, la caducité produira ses effets si le bénéficiaire refuse l'offre.

L'alinéa 2 retient la caducité pour les cas du décès ou d'incapacité de l'offrant. Ainsi, l'offre n'est pas caduque et, donc, elle produira ses effets si la nature de la future affaire ou les

---

[323] L'art. 1105-3 : « *L'offre devient caduque à défaut d'acceptation dans le délai fixé par son auteur, ainsi qu'en cas d'incapacité ou de décès de celui-ci survenu avant toute acceptation. Elle tombe également lorsque son destinataire la refuse* ».

[324] L'art. 1105-4 : « *Cependant, lorsque l'offre adressée à un personne déterminée comporte l'engagement de la maintenir pendant un délai précis, ni sa révocation prématurée ni l'incapacité de l'offrant ni son décès ne peut empêcher la formation du contrat* ».

[325] L'art. 1118 du projet d'ordonnance de la Chancellerie de 2015 : « *L'offre est caduque à l'expiration du délai fixé par son auteur ou, à défaut, à l'issue d'un délai raisonnable. Elle l'est également en cas d'incapacité ou de décès de son auteur* ».

[326] L. Pop, I.F. Popa, S.I. Vidu, *op.cit.*, p. 109.

circonstances l'imposent. Il faudra, bien sûr, que le décès ou l'incapacité interviennent dans le délai exprès prévu dans le contenu de pollicitation ou raisonnable.

Mais si l'offre n'est pas caduque, qu'elle n'a pas été rétractée ou révoquée et qu'elle respecte toutes les conditions, il faut encore la réponse du destinataire pour que le contrat soit conclu. La réponse à l'offre peut être négative ou positive[327]. Ainsi, le destinataire peut accepter purement et simplement l'offre et, en conséquence, le contrat se forme sur le contenu défini par l'offrant ou il peut l'accepter mais avec un contenu qui ne concorde pas avec l'offre. Dans cette hypothèse, le bénéficiaire de l'offre fait une contre-offre, en devenant ainsi le pollicitant, et la partie qui a fait l'offre initiale se transforme en bénéficiaire de la nouvelle pollicitation.

Le destinataire a également la possibilité de refuser l'offre et, ainsi, l'offre devient caduque et le contrat ne se forme plus.

Nous allons étudier la réponse à l'offre, l'acceptation, les formes qu'elle peut prendre et les conditions quelle doit remplir pour que le contrat se forme.

§2. L'acceptation

L'acceptation représente la manifestation de volonté « *du destinataire de l'offre en vertu de laquelle celui-ci consent à la conclusion du contrat* »[328].

Les projets européens comprennent également l'acceptation comme une manifestation de volonté par laquelle une personne donne son accord à une offre, considèrent qu'il s'agit soit d'une « *déclaration* » soit d'un « *comportement* »[329].

En droit roumain, l'acceptation est la réponse du destinataire de l'offre qui représente la manifestation de conclure le contrat. Elle est réglementée par le nouveau Code civil roumain

---

[327] J. Carbonnier, *Droit civil. Les biens. Les obligations*, vol. II, PUF, Paris, 2004, p. 1965.

[328] C. Larroume, « Les obligations. Le contrat. Conditions de formation », *in* C. Larroumet (*dir.*), *Droit civil*, 1er partie, t. III, 6e éd., Economica, Paris, 2007, p. 225, n° 250.

[329] L'art. 2 : 204 des principes Lando : « *Constitue une acceptation toute déclaration ou comportement du destinataire indiquant qu'il acquiesce à l'offre* » ; L'art. 2.1.6 des Principes UNIDROIT : « *Constitue une acceptation toute déclaration ou autre comportement du destinataire indiquant qu'il acquiesce à l'offre. Le silence ou l'inaction ne peuvent à eux seuls valoir acceptation* ».

(l'article 1196 à 1200) et l'article 1196, alinéa 1 prévoit : « *tout acte ou fait du destinataire constitue une acceptation dès lors qu'il indique indubitablement son accord quand à l'offre telle qu'elle a été formulée et qu'il parvient à l'auteur de l'offre dans le délai imparti […]*».

Concernant les projets français de *lege ferenda*, le projet Catala (article 1105-5) reste dans son paradigme de comprendre l'acceptation comme « *un acte unilatéral par lequel son auteur exprime la volonté d'être lié dans les termes de l'offre* ». Le projet de la Chancellerie de 2008 retient la formulation européenne en disposant à l'article 28 qu' « *est une acceptation la déclaration par laquelle son auteur exprime la volonté d'être lié dans les termes de l'offre. Une acceptation non conforme à l'offre est dépourvue d'effet, sauf à constituer une offre nouvelle* ».

Le nouveau projet d'ordonnance de la Chancellerie de mars 2015 définit l'acceptation à l'article 1119, alinéa 1er comme « *la manifestation de volonté de son auteur d'être lié dans les termes de l'offre* ».

Étant donné les textes de projets de réformes français et européens, les articles du nouveau Code civil roumain, l'acceptation doit remplir certaines conditions de fond (a) et de forme (b) pour que le contrat soit conclu. La question de la rétractation et de la communication de l'offre mérite aussi d'être abordée (c).

a. Les conditions de l'acceptation

Les conditions de l'acceptation sont, en général, les mêmes dans les deux systèmes nationaux. Nous allons ainsi procéder à une analyse sans faire une distinction précise entre les deux droits.

Premièrement, l'acceptation implique la connaissance de l'offre[330]. Cependant, il peut survenir des litiges pour certaines clauses contenues dans le contrat. Pour qu'une clause soit obligatoire, elle doit être connue par l'acceptant et qu'il donne son consentement. Rapporter à la clause exclusive de responsabilité qui sera annulée si elle est écrite en caractères illisibles ou minuscules, la clause qui limite la responsabilité du débiteur ne serait pas opposable au cocontractant.

À titre d'exemple, nous pouvons citer l'article 1120, alinéa 1er du projet d'ordonnance de la Chancellerie de 2015 qui prévoit que « *les conditions générales invoquées par une partie*

---

[330] M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations. 1- Contrat et engagement unilatéral*, 3e éd., PUF, Paris, 2012, p. 270.

n'ont effet à l'égard de l'autre que si elle ont été portées à la connaissance de celle-ci et si elle les a acceptées ».

Une deuxième condition impose une acceptation pure et simple. Cela signifie qu'il doit exister une concordance de l'offre et de l'acceptation sur les éléments essentiels. Les juges du fond ne peuvent tenir la convention pour formée « *sans constater qu'il y avait eu accord des parties sur toutes les conditions du contrat* »[331].

En effet, les prestations mutuelles juridiques que tend à réaliser le contrat sont considérées come des éléments essentiels. Ces sont les échanges de biens et de services qui constituent en général les éléments essentiels. La doctrine les a appelés « *éléments objectivement essentiels* »[332]. Également, ils sont considères comme des éléments essentiels « *les éléments tenus pour essentiels par les parties* »[333]. Autrement dit, les parties par leur volonté peuvent subordonner la conclusion du contrat à un élément qui est accessoire mais qu'elles tiennent pour essentiel.

Si le contrat a été négocié, il sera possible de rencontrer des difficultés. Ainsi, un partenaire à la négociation peut prétendre que les parties sont arrivées à un accord sur tous les éléments essentiels, alors que l'autre prétend le contraire. Dans cette situation, la Cour de cassation a donné aux juges du fond un pouvoir souverain pour déterminer si les parties ont été d'accord sur tous les éléments considérés par chaque partie comme essentiels et « *constitutifs du consentement* »[334].

L'article 1196, alinéa 1er du nouveau Code civil roumain dispose aussi que l'acceptation doit être sans équivoque, c'est-à-dire que « *tout acte ou fait de destinataire constitue une acceptation dès lors qu'il indique* ***indubitablement*** *sont accord quant à l'offre telle qu'elle a été formulée […]* ».

Si l'acceptation modifie certains éléments essentiels de l'offre, elle devient une contre-offre. L'article 1197, alinéa 1 et 2 du nouveau Code civil roumain va dans le même sens que la doctrine française et il prévoit que si la réponse du destinataire comprend des modifications ou

---

[331] Cass. 3e civ., 17 juillet 1967, *Bull.civ.* III, n° 299, p. 286 ; *RTD civ.* 1968, p. 707, obs. J. Chevallier.

[332] J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, « La formation du contrat. Le contrat – Le consentement, *in* J. Ghestin (*dir.*), *Traité de droit* civil, t. I, 4e éd., LGDJ, Paris, 2013, p. 634, n° 865.

[333] *Ibidem*, p. 635, n° 867..

[334] Cass. 3e civ., 2 mai 1978, *D.* 1979.317, note J. Schmidt-Szalewski ; *JCP* 1980.II.19465, note P. Fieschi-Vivet.

additions qui ne correspondent pas à l'offre la réponse peut être considérée, d'après les circonstances, comme une contre-offre.

De même, une acceptation avec une réserve est considérée comme étant une contre-offre et elle s'analyse comme un refus assorti d'une offre nouvelle[335].

Les projets français sont eux aussi dans ce sens. Ainsi, le projet Catala prévoit à l'article 1105-5, alinéa 2 qu'« *une acceptation non conforme à l'offre est dépourvue d'effet, sauf à constituer une offre nouvelle* ». L'article 28 du projet de la Chancellerie de 2008 dispose qu'« *une acceptation non conforme à l'offre est dépourvue d'effet, sauf à constituer une offre nouvelle* ». Aussi, le deuxième alinéa de l'article 1119 du projet d'ordonnance de la Chancellerie de 2015 dispose que « *l'acceptation non conforme à l'offre est dépourvue d'effet, sauf à constituer une offre nouvelle* ».

Les principes Lando (art. 2 : 208), les principes Unidroit (art. 2.1.11), et le Code Gandolfi (art.16.6 et 16.7) par le texte de leurs articles ont une position similaire au droit français, mais avec un accent mis sur les modifications apportées par le destinataire de l'offre. Autrement dit, si les modifications sont substantielles, la réponse sera qualifiée de contre-offre, si les modifications apportées à l'offre ne sont pas substantielles, le contrat sera conclu avec les modifications apportées.

La dernière condition est le délai d'acceptation. Ainsi, si l'offre est faite avec un délai, l'acceptation doit intervenir avant l'expiration de ce délai pour que le contrat soit conclu car l'expiration du délai rend l'offre caduque. L'article 1196, alinéa 1er du nouveau Code civil roumain prévoit aussi que « *tout acte ou fait du destinataire constitue acceptation […] s'il parvient à l'auteur de l'offre dans le délai imparti* ». Si l'offre n'est pas faite avec un délai exprès, le destinataire de l'offre bénéficie toutefois d'un « *délai raisonnable* » pendant lequel il doit donner son acceptation. Pourtant, si l'acceptation n'est pas donnée dans le délai exprès ou raisonnable, l'offre dévient caduque et le contrat ne sera pas conclu.

Le nouveau Code civil roumain a intitulé suggestif l'article 1198 « *Acceptation tardive* » et prévoit à l'alinéa 1 que « *l'acceptation tardive produit ses effets uniquement lorsque l'auteur de l'offre informe immédiatement l'acceptant de la conclusion du contrat* ».

L'hypothèse dans laquelle l'acceptation a été faite dans le délai, mais arrive à l'offrant après le délai peut également se rencontrer. Dans cette situation, en vertu de l'alinéa 2 du

---

[335] J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, *op.cit.*, p. 635, n° 866.

l'article 1198, le contrat sera conclu, même si le bénéficiaire de l'offre n'informe pas l'acceptant immédiatement.

Toutefois, pour qu'une acceptation produise des effets juridiques, l'extériorisation doit se faire sous une certaine forme.

b. Les formes de l'acceptation

En principe, l'extériorisation de l'acceptation doit être expresse ou tacite. « *L'acceptation est expresse lorsque le destinataire de l'offre a utilisé un moyen de communication [écrit, parole, ou même geste] pour exprimer son acceptation* »[336]. Ainsi, constitue acceptation toutes les manifestations expresses de volonté qui ont été extériorisées et qui n'ont pas besoin d'être interprétées.

Toutefois, il ne faut pas confondre acceptation expresse et acceptation formelle. Il y a une acceptation formelle lorsque la loi ou le contrat futur lui-même exige que l'expression doive revêtir une forme déterminée[337]. « *L'acceptation expresse se distingue de l'acceptation formelle en raison de ce que, si elle doit consister en une extériorisation de la volonté qui ne suppose aucune interprétation, il n'en résulte pas pour autant qu'elle doive obéir à une forme déterminée* »[338].

À la différence de l'acceptation expresse, l'acceptation « *est tacite lorsque, par son comportement, le destinataire de l'offre a indiqué son intention de conclure le contrat* »[339]. L'acceptation tacite ne s'impose pas ainsi d'elle-même, mais elle est induite à partir d'un comportement.

Pourtant, si l'acceptation tacite peut être considérée comme manifestation de volonté de conclure le contrat, est-ce que le silence du destinataire vaut acceptation ?

En principe, le silence ne peut valoir acceptation. Premièrement, le silence se différencie de l'acceptation tacite car il est une action purement passive. C'est une action passive qui n'exprime rien et qui ne veut rien exprimer. Deuxièmement, le silence se

[336] M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations. 1- Contrat et engagement unilatéral*, 3e éd., PUF, Paris, 2012, p. 273.

[337] C. Larroumet, *op.cit.*, p. 230, n° 253.

[338] *Ibidem.*

[339] M. Fabre-Magnan, *op.cit.*, p. 273.

différencie aussi du refus de conclure le contrat. Un refus implique une action active, chose qui est en opposition avec le caractère passif du silence.

En effet, contrairement à l'adage latin « *qui tacet consentire videtur* », le silence ne vaut ni acceptation tacite, ni refus. La raison en est qu'en vertu du principe de la liberté de contracter, nous ne pouvons pas obliger celui qui ne répond pas à une offre. D'ailleurs, le silence ne peut pas constituer en lui-même un indice permettant de supposer un refus.

Toutefois, la jurisprudence a admis, par exception au principe, que le silence vaut acceptation. Plus concrètement, le silence vaut acceptation lorsqu'il est prévu par la loi[340], l'usage ou la convention des parties[341]. Le silence vaut également acceptation lorsque l'offre est faite dans l'intérêt exclusif de son destinataire[342] ou lorsque les circonstances permettent de donner au silence la signification d'une acceptation[343].

Quand aux projets de réforme français[344], ils concordent pour considérer comme principe que le silence ne vaut pas acceptation et retiennent les exceptions au principe consacrées par la jurisprudence.

Le nouveau Code civil roumain règlemente à son tour les formes de l'acceptation. Ainsi, à l'article 1196, alinéa 1er le Code consacre l'acceptation expresse et l'acceptation tacite

---

[340] À titre d'exemple l'article 1738 du C.civ. « *si, à l'expiration des baux écrits, le preneur reste et est laissé en possession, il s'opère un nouveau bail dont l'effet est réglé par l'article relatif aux locations faites sans écrits* » ou l'article L. 112-2, alinéa 5 du C. des assurances « *est considérée comme acceptée la proposition faite par lettre recommandée, de prolonger ou de modifier un contrat ou de remettre en vigueur un contrat suspendu, si l'assureur ne refuse pas cette proposition dans les dix jours après qu'elle lui est parvenue* ».

[341] Cass.com., 3 nov. 2004, n° 01-16238, *Bull.civ.* IV, n° 187, p. 215 ; Cass. 1er civ., 15 nov. 2005, n° 02-21366, *Bull.civ.* I, n° 413, p. 345 ; Cass.com., 29 janv. 2008, n° 06-13462, *Bull.civ.* IV, n° 23 ; *RLDC* 2008, n° 2939, note. C. le Gallou.

[342] Cass. ch. des Requêtes, 28 mars 1938, *DP* 1939.I.5, note P. Voirin.

[343] Cass. 1er civ., 24 mai 2005, n° 02-15188, *RTD civ.* 2005, 588, obs. J. Mestre et B. Fages ; *RDC* 2005/4, 1007, obs. D. Mazeaud.

[344] L'art. 1105-6 du projet Catala : « *En absence de dispositions légales, d'aménagements conventionnels, d'usages professionnels ou de circonstances particulières, le silence ne vaut pas acceptation* » ; l'art . 20 du projet Terré : « *Sauf disposition légale, convention ou usage contraires, le silence ne vaut pas acceptation* » ; l'art. 30 du projet de la Chancellerie de 2008 : « *Le silence ne vaut pas acceptation, à moins qu'il n'est résulté autrement de la loi ou des circonstances particulières, des usages ou des relations d'affaires* » ; l'art. 1121 du projet d'ordonnance de la Chancellerie de 2015 : « *Le silence ne vaut pas acceptation, à moins qu'il n'en résulte autrement de la loi, des usages, des relations d'affaires ou de circonstances partoculières* ».

comme principe[345]. Comme le droit français, le nouveau Code roumain prévoit à titre d'exception que « *le silence ou l'inaction du destinataire ne vaut acceptation qu'autant que cela ressort de la loi, de l'accord des parties, de la pratique devenues constantes entre elles, des usages ou d'autres circonstances* » (l'article 1196, alinéa 2).

c. La communication et la rétraction de l'acceptation

L'acceptation comme l'offre en droits français et roumain réalise ses effets, lorsqu'elle a été communiquée et qu'elle est parvenue à l'offrant. Ainsi, en reprenant la formule consacrée à l'article 21 du projet Terré, nous pouvons dire d'une manière générale que « *le contrat devient parfait dès que l'acceptation parvient à l'offrant* »[346].

Par rapport au système français, le nouveau Code civil roumain prévoit expressément que « *la communication de l'acceptation se fait par des moyens au moins aussi rapides que ceux employés par l'offrant lorsque le contraire ne ressort pas de la loi, de l'accord des parties, des pratiques devenues constantes entre elles, des usages ou de toutes autres circonstances similaires* » (l'article 1200, alinéa 2). C'est-à-dire que l'acceptation doit être communiquée par les mêmes moyens ou d'autres moyens « *aussi rapides* », à l'exception des règles prévues par la loi ou par les conventions des parties, aussi bien que de la pratique établie entre les parties ou des usages commerciaux.

Concernant la différence entre rétractation et révocation, nous pensons qu'en cas d'acceptation elle est plus claire pour deux raisons. Premièrement, étant donné que pour l'offre nous pouvons distinguer deux moments[347], pour l'acceptation il y a un seul et unique moment, qui est compris entre l'envoi de l'acceptation et la réception de l'acceptation. Deuxièmement, vu que l'offre devient un engament unilatéral à partir du moment où elle est parvenue à la connaissance du son destinataire, la manifestation de volonté du bénéficiaire de l'offre exprimée dans l'acceptation n'est pas une simple manifestation, mais, aussi, un engagement unilatéral.

---

[345] L'art. 1196, al.1er du n.C.civ.ro. : « *Tout acte ou fait du destinataire constitue acceptation [...]* ».

[346] La formule a été reprise par le projet d'ordonnace de la Chancellerie de mars 2015 à l'article 1122 : « *Le contrat est parfait dès que l'acceptation parvient à l'offrant [...]* ».

[347] Un moment de l'émission de l'offre et jusqu'à ce qu'elle n'a pas été reçu par le destinataire gouverné par le principe de la libre rétraction et un moment de la réception de l'offre et l'émission de l'acceptation soumise au principe de la libre révocation car l'engagement de l'offrant a pris corps.

En conséquence, l'acceptation en droit français est un engament unilatéral de volonté qui peut être révoqué tant qu'il n'est pas parvenu à la connaissance de l'émettant de l'offre. Par rapport au système français, l'article 1200, alinéa 1 du nouveau Code civil roumain prévoit en plus que la révocation produit ses effets également lorsqu'elle parvient en même temps que l'acceptation, même si le destinataire n'a pas pris connaissance de l'acceptation et de la révocation pour des raisons qui ne lui sont pas imputables.

§3. Le moment et le lieu de la conclusion du contrat

Le contrat en droit français est conclu « *dès l'accord des volontés* »[348], c'est-à-dire au moment et au lieu de la rencontre de plusieurs volontés fermes et précises de s'engager.

Le droit roumain présente lui aussi le moment et le lieu de la conclusion du contrat entre présents comme étant ceux où l'offre est acceptée intégralement et sans réserve. *A contrario*, l'offre devient caduque, si elle est sans délai d'acceptation[349]. La même règle est applicable aux contrats conclus par téléphone ou d'autres moyens de communication à distance, car les parties prennent connaissance directement et immédiatement de la volonté d'autrui[350].

La détermination du moment et du lieu de la formation (b) du contrat est essentielle parce que, de point du vue de la pratique juridique, des conséquences importantes y sont attachés (a).

a. Les intérêts à déterminer le moment et le lieu de la conclusion du contrat[351]

La détermination du moment de la conclusion présente un intérêt juridique pour plusieurs raisons. D'abord, jusqu'à la rencontre des volontés l'offre peut être retirée ou appréciée comme tardive. Ensuite, c'est à la date de la rencontre des volontés que les délais

---

[348] H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, F. Chabas, *Leçons de droit civil. Obligations. Théorie générale*, t. II, vol. 1er, 9e éd., 1998, Montchrestien, Paris, 1998, p. 137, n° 139.

[349] L'art. 1194, al.1 n.C.civ.ro. : « *L'offre sans délai d'acceptation, adressé à une personne présente, reste sans effets si elle n'est pas acceptée tout de suite* ».

[350] L'art. 1194, al. 2 n.C.civ.ro. : « *Les dispositions de l'alinéa 1 s'appliquent aussi dans le cas d'offre transmise par téléphone ou par d'autre moyens de communication à distance* ».

[351] H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, F. Chabas, *op.cit.*, p. 138 et s. ; C. Larroumet, *op.cit.*, p. 248 et s.

comme celui de la prescription commencent à courir. Également, si le décès ou l'incapacité de l'offrant ou de l'acceptant survient avant la rencontre des volontés, le contrat ne sera pas conclu mais, s'il survient après la rencontre, il est sans effet car le contrat est déjà formé. Aussi, c'est à la date de la formation pour les contrats translatifs de propriété que les risques sont à la charge de l'acheteur. De même, les obligations qu'engendre le contrat prennent naissance à la date de la conclusion du contrat. Enfin, la loi en vigueur au moment de la formation du contrat régit ses effets.

La détermination du lieu de la conclusion du contrat présente un intérêt car en droit interne, pour les éventuels litiges sur l'exécution du contrat, la juridiction compétente sera fixée en fonction du lieu de formation. Cependant, le Code de procédure civile français, à l'article 46, écarte le lieu de formation du contrat des critères de compétence, au profit du lieu de son exécution. En droit international privé, le lieu de la conclusion du contrat est un élément important pour déterminer la loi applicable.

En conclusion, nous pouvons dire que le contrat se forme au moment et au lieu de la rencontre de l'offre et de l'acceptation et il commence à produire ses effets à partir de cette date. Toutefois, une question se pose sur la détermination du moment et du lieu de la conclusion du contrat pour les contrats entre absents.

b. Le moment et le lieu de la conclusion du contrat entre absents

La formation du contrat entre personnes qui ne sont pas en présence l'une de l'autre peut faire naître deux problèmes. En effet, la conclusion du contrat entre absents pose une difficulté sur le retrait et la caducité de l'offre. La deuxième difficulté concerne la détermination du moment et du lieu où un consentement est définitif. Vu que nous avons déjà traité la première difficulté dans les sections dédiées à la rétractation, révocation et caducité de l'offre et de l'acceptation, nous allons procéder à l'analyse de la deuxième question. C'est-à-dire, où et quand se rencontrent précisément l'offre et l'acceptation en cas de contrat passé entre des personnes qui ne sont pas en présence l'une de l'autre et qui communiquent par téléphone, par lettre envoyée par la poste ou acheminée par un service de messagerie privée, par télécopie et, autrefois, par télégraphe[352] ?

---

[352] M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations. 1- Contrat et engagement unilatéral*, 3e éd., PUF, Paris, 2012, p. 280.

Concernant le contrat conclu par téléphone, le moment de la formation ne crée pas de difficulté. Ainsi, la conclusion est assimilée à celle de la formation du contrat entre les personnes physiquement en présence l'une de l'autre, car l'échange des volontés est réalisé instantanément, sans écoulement d'un laps de temps. C'est seulement le lieu de formation du contrat que pose plus de difficultés.

Pour les autres contrats conclus entre absents, différentes théories doctrinales ont été élaborées et proposées pour déterminer le moment et le lieu de la conclusion. Nous retrouvons ainsi une première théorie dite de « *l'émission* ». Dans ce paradigme, le contrat est formé au moment et au lieu où le destinataire de l'offre donne son acceptation[353]. La théorie de l'émission a deux variantes. Une première est le système de la déclaration de volonté qui dit que « *l'acceptation est donnée lorsque la personne à laquelle l'offre est faite, signe la lettre ou rédige le télégramme dans lequel elle accepte* »[354]. La preuve du moment étant assez difficile à rapporter, la doctrine a développé une deuxième variante, le système de « *l'expédition* ». D'après ce système, le contrat est conclu au moment où l'acceptation (la lettre ou le télégramme qui contient la réponse de l'acceptant) a été expédiée.

En conclusion, dans la théorie de l'émission avec ses variantes, le contrat sera formé chez l'acceptant et au moment où il donne son acceptation ou bien quand il se dessaisit de sa réponse d'acceptation.

À l'opposé de la théorie de l'émission, une partie de la doctrine a proposé une autre théorie, celle de « *l'information* ». Ainsi, « *le contrat est conclu au moment où l'offrant est informé de la réponse de l'acceptant car jusqu'à ce moment-là, les deux volontés ne sont pas en présence l'une de l'autre* »[355].

Pourtant, l'offrant pourrait ne pas avoir connaissance toute de suite de la réponse de l'acceptant aussi bien qu'il pourrait avoir intérêt à ne pas prendre connaissance de l'acceptation tout de suite. Une variation de la théorie de l'information a été ainsi développée. Selon le système de la réception, « *le contrat est conclu au moment où l'offrant reçoit la réponse de l'acceptant, même s'il ne la consulte pas toute de suite* »[356].

---

[353] C. Larroumet, *op.cit.*, p. 253, n° 282.

[354] H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, F. Chabas, *op.cit.*, p. 138.

[355] C. Larroumet, *op.cit.*, p. 253, n° 283.

[356] *Ibidem*.

Concernant le droit positif, le Code civil français ne prévoit aucune règle précise concernant le moment et le lieu de la formation du contrat. Toutefois, les militants des deux théories ont invoqué certains textes particuliers pour défendre leurs concepts[357]. Pour la théorie de l'émission il a été allégué que l'article 1985, alinéa 2 du Code civil « *l'acceptation du mandat peut n'être que tacite et résulter de l'exécution qui lui a été donnée par le mandataire* ». Ainsi, le contrat sera conclu dès l'acceptation, même tacite, donné par le mandataire. Il lui a été opposé le fait que la disposition du texte est particulière au mandat et, par conséquent, il ne serait pas possible de l'étendre.

Les partisans de la théorie de l'information, invoquent en leur faveur l'article 932, alinéa 2 du Code civil. En appliquant les dispositions de cet article, lorsque l'acceptation d'une donation n'est pas concomitante à l'offre, il est nécessaire pour que le contrat soit formé que l'acceptation soit parvenue à la connaissance du donateur.

En opposition avec la loi française, le Code civil allemand à l'article 147 a consacré le système de la réception. Une solution similaire a été admise par le Code civil italien aux articles 1326 et 1327. En revanche, le Code suisse à l'article 184 et le Code civil du Québec ont consacré le système de l'émission.

La Cour de cassation française, même si elle reconnaît aux juges du fond un pouvoir souverain, est en faveur de la théorie de l'émission, « *sauf stipulation contraire* »[358]. Or, par sa jurisprudence, la Cour de cassation française est en sens contraire avec la direction proposée par les projets européens et internationaux, qui sont en faveur de la théorie de la réception. Ainsi, les Principes Lando (l'article 2 : 205), le Code Gandolfi (l'article 16.2) ou les Principes Unidroit (art. 2.1.6) disposent que la conclusion du contrat dépend de la réception de l'acceptation, qu'elle soit écrite ou qu'elle résulte d'un comportement.

Sur les propositions françaises *de lege ferenda*, l'avant-projet Catala prévoit à l'article 1107 que : « *faute de stipulation contraire, le contrat devient parfait par la réception de l'acceptation; il est réputé conclu au lieu où l'acceptation est reçue* ». En consacrant la théorie de la réception, l'avant-projet s'inscrit dans la tendance des projets européens. Les raisons de ce choix ont été expliquées par les auteurs en vertu du principe de sécurité juridique. Ainsi, « *de même que la sécurité du destinataire de l'offre, concrètement le respect de sa croyance légitime dans le maintien de l'offre, est assurée par cette disposition, celle de l'offrant est*

[357] H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, F. Chabas, *op.cit.*, p. 139, n° 143.

[358] Cass.com., 7 janv. 1981, *Bull.civ.* IV, n° 14, p. 11; *RTD civ.* 1981. 849, obs. F. Chabas.

promue par la règle qui prévoit que le contrat n'est conclu qu'à compter de la réception de l'acceptation »[359].

Toutefois, au texte de l'avant-projet Catala a été émise une remarque, qui a été prise en compte à l'article 21 du projet Terré[360]. « *Il est proposé que le contrat soit parfait dès que l'acceptation "parvient" à l'offrant, signifiant ainsi que la connaissance effective est indifférente* »[361].

Le projet d'ordonnance de la Chancellerie de 2015 garde l'idée de projet Terré et, à l'article 1122, il est prévue que le contrat « *est réputé conclue au lieu où l'acceptation est parvenue* ».

Le nouveau Code civil roumain prévoit clairement à l'article 1186 la théorie de la réception[362]. En autre, pour que le contrat soit conclu, il faut que l'acceptation arrive dans le délai prévu expressément dans l'offre ou dans un délai raisonnable (l'article 1200, alinéa 2 du nouveau Code civil roumain).

Concernant le lieu de la formation du contrat, il est considéré comme celui où l'acceptation a été reçue. Si le contrat est conclu par téléphone, le lieu sera celui où se trouve l'offrant et si le contrat conclu est solennel, le lieu de la formation sera celui où l'acte a été authentifié.

Avant de conclure, nous devons souligner que le projet d'ordonnance de la Chancellerie de mars 2015 dispose à l'article 1123 que « *lorsque la loi ou les parties prévoient un délai de réflexion, le destinataire de l'offre ne peut consentir efficacement au contrat avant l'expiration de ce délai* ». Également, le deuxième alinéa du même article prévoit que « *lorsque la loi ou les parties prévoient un délai de rétraction, il est permis au destinataire de*

---

[359] « Exposé des motifs », *in* P. Catala (*dir.*), *Avant-projet de réforme du droit des obligations de la prescription*, La Documentation française, 2006, p. 29.

[360] L'art. 21 : « *Le contrat devient parfait dès que l'acceptation parvient à l'offrant. Il est réputé conclu au lieu où l'acceptation est reçue. Le tout sauf disposition légale ou convention contraires* ».

[361] C. A. de Vincelles, « Le processus de conclusion du contrat », *in* F. Terré (*dir.*), *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2009, p. 130.

[362] L'art. 1186 du n.C.civ.ro. : « *(1) Le contrat est conclu au moment et au lieu où l'acceptation arrive à l'offrant, même si ce dernier n'en prend pas connaissance pour des raisons qui ne lui sont pas imputables. (2) Également, le contrat est réputé conclu au moment où le destinataire de l'offre accomplir un acte ou un fait pertinent, sans en informer l'offrant […]* ».

l'offre de rétracter son consentement au contrat jusqu'à l'expiration de ce délai, sans avoir de motif à fournir ».

Ainsi, l'article 1123 du projet d'ordonnance représentent d'un côté une limite à la liberté de contracter. En effet, vu le texte de l'alinéa premier, l'effet de la manifestation de volonté du bénéficiaire de l'offre de conclure le contrat est suspendue jusqu'à l'expiration du délai de réflexion. D'un autre côté, par le deuxième alinéa, l'article 1123 donne au bénéficier une totale liberté de ne pas contracter, en retirant son consentement, mais jusqu'à l'expiration du délai de rétractation.

En conclusion, nous pouvons constater que le principe de l'autonomie de la volonté représente le cœur du contrat. Il désigne « *la volonté qui, indépendamment de la loi, en tant que source du droit unique et autonome, crée les effets du contrat et en détermine le contenu de façon souveraine* »[363]. Lors de la formation du contrat, l'autonomie de la volonté est considérée un principe directeur, qui a le rôle de faciliter l'entente entre les parties ayant des intérêts propres.

Au moyen de ses trois attributs (la liberté de négociation du contrat, la liberté de contracter et le consensualisme), le principe de l'autonomie de la volonté des parties définit la base de la dynamique du processus de conclusion du contrat.

Toutefois, l'autonomie de la volonté n'est pas sans limites. Plus précisément, les parties ont la liberté de négocier et de ne pas conclure le contrat sans engager leur responsabilité à la condition d'avoir négocier avec bonne foi.

La suite de notre étude analysera les limites imposées par la bonne foi à l'autonomie de la volonté en présentant *primo* la notion de bonne foi et *secundo* les effets de l'application du principe de la bonne foi précontractuelle.

[363] J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, « La formation du contrat. Le contrat – Le consentement », *in* J. Ghestin (*dir.*), *Traité de droit civil*, t. I, 4e éd., LGDJ, Paris, 2013, p. 147, n° 181.

CHAPITRE DEUXIÈME La bonne foi précontractuelle

« *Étudier la bonne foi amène à s'interroger sur son rôle* »[364]. Classiquement, la bonne foi joue le rôle de mesure de l'adéquation du comportement des contractants. Ainsi, les parties ont une obligation générale de loyauté, les actes déloyaux démontrant la mauvaise intention de leur auteur (Section 1).

La bonne foi ne se limite pas seulement à imposer aux parties d'avoir un comportement loyal, en effet de cette obligation, il se dégage des obligations spécifiques (Section 2). Leur rôle est de créer un équilibre des forces entre les parties lors de la négociation de contrat définitif. Si l'équilibre ne peut pas être contrôlé, « *il en résulte logiquement que la bonne foi ne peut conduire à déterminer l'adéquation des obligations nées de la convention* »[365].

Section 1. La macro-analyse de la bonne foi précontractuelle. La loyauté comme devoir général du principe de la bonne foi

Le contrat, comme instrument de satisfaction des intérêts des parties, n'est que le fruit de négociations entamées plus ou moins longtemps à l'avance. Pour atteindre cet objectif, « *les parties contractantes se doivent, dans la négociation, la plus parfaite loyauté* »[366].

L'évolution des contrats, leur complexité, la technicité ont fait (ré)apparaître la notion de bonne foi et plus précisément le devoir de loyauté au cœur de l'analyse juridique. Son rôle essentiel est de contrôler le libre-arbitre des parties.

Un comportement est loyal, au regard du droit national (l'article L. 120-1 du Code de consommation français) ainsi que du droit de l'Union européenne (l'article 5 de la Directive

---

[364] S. Tisseyre, *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats. Essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen*, PUAM, Aix-en-Provence, 2012, p. 35, n° 11.

[365] *Ibidem*, p. 191, n° 253.

[366] G. Flécheux, « Renaissance de la notion de bonne foi et de loyauté dans le droit des contrats », *in* G. Goubeaux, Y. Guyon, C. Jamin (et al.), *Études offertes à Jacques Ghestin. Le contrat au début du XXIe siècle*, LGDJ, Paris, 2015, p. 342.

du 11 mai 2005) s'il remplit deux conditions[367]. La première tient à sa finalité et la pratique doit ainsi se conformer à la diligence du *bonus vir*. La deuxième vise les effets, c'est-à-dire que l'attitude des parties ne doit pas altérer de manière substantielle le comportement économique d'une partie normalement informée et raisonnablement attentive.

D'une manière générale, le comportement des parties dans la phase précontractuelle s'articule autour de « *l'obligation de se monter loyal dans la négociation, de ne pas créer des apparences susceptibles d'induire l'autre partie en erreur sur l'issue des discussions, d'avoir égard aux légitimes expectatives de cette autre partie, de tenir compte de sa situation et des inconvénients pouvant résulter pour elle de telle ou telle attitude* »[368].

La loyauté doit ainsi être perçue à la fois comme limite du principe de la négociation du contrat (Sous-section 1), au principe de liberté contractuelle (Sous-section 2), et au principe du consensualisme (Sous-section 3).

Sous-section 1. La loyauté, la limite du principe de la négociation du contrat

En vertu du principe de l'autonomie de la volonté, les parties ont des libertés positives (la liberté d'entamer des négociations, la liberté de poursuivre et de porter des négociations parallèles, ainsi que de conclure le contrat), et des libertés négatives (la liberté de rompre les pourparlers à tout moment et de ne pas conclure le contrat).

Toutefois, ces libertés ne sont pas absolues[369]. C'est la loyauté, manifestation de la notion « *floue, variable et diversement interprétée de la bonne foi* »[370], qui gouverne le comportement précontractuel des parties (§1) et limite leurs libertés (§2).

---

[367] Y. Picod, « Bonne foi et droit de la consommation », *in* P. Bloch, M. Gemain, C. Lebel (et al.), *Mélanges en l'honneur de Daniel Tricot*, Litec, Dalloz, Paris, 2011, p. 124.

[368] P. Van Ommeslaghe, *op.cit*., p. 41.

[369] P. Roubier, *Essai sut la responsabilité précontractuelle*, thèse, Université de Lyon, 1911, p. 6.

[370] E. Lein, B. Volders, « Liberté, loyauté et convergence de la responsabilité précontractuelle en droit comparé », *in Regardes comparatistes sur le phénomène contractuel*, Colloques organisés par le Centre de droit économique de l'Université Paul Cézanne d'Aix-Marseille, le Centre de droit comparé, européen et international de l'Univ. de Lausanne et l'Institut suisse de droit comparé de Lausanne, PUAM, Aix-en-Provence, 2009, p. 19.

§1. Le cadre légal national et européen de la limite au principe de la négociation du contrat

En droit français il n'y a pas de consécration expresse de la loyauté précontractuelle dans la législation. C'est la doctrine et la jurisprudence qui l'ont développée et appliquée par extension de la bonne foi dans la formation du contrat.

L'avant-projet de réforme du droit des obligations Catala à l'article 1104, alinéa 1er ainsi que celui du droit des contrats Terré par l'article 24, alinéa 1er introduisent parmi leurs normes l'obligation d'être de bonne foi lors de la négociation. La formulation des deux projets est même identique : « *l'initiative, le déroulement et la rupture des pourparlers sont libres, mais ils doivent satisfaire aux exigences de la bonne foi* ».

D'une manière plus évasive, le projet de réforme du droit des obligations de la Chancellerie de 2008 prévoit, parmi ses principes directeurs, que « *chacune des parties est tenue d'agir de bonne foi* »[371].

Pourtant, la nouvelle version du projet d'ordonnance de la Chancellerie de 2015 reprend la formulation de projets Catala et Terré, et prévoit à l'article 1111 que « *l'initiative, le déroulement et la rupture des négociations […] doivent satisfaire aux exigences de la bonne foi* ».

Dans le droit roumain, la notion générale de bonne-foi n'est pas définie expressément dans le nouveau Code civil, elle est seulement présumée à l'article 14. Au sujet de la bonne foi précontractuelle, l'alinéa 2ème de l'article 1183 du Code civil roumain dispose expressément que les parties qui s'engagent dans des pourparlers ont l'obligation de respecter « *les exigences de la bonne foi* ».

L'article 1170 du Code civil roumain prévoit également que les parties sont obligées d'agir « *avec bonne foi autant lors de la négociation et de la conclusion du contrat, que durant le temps de son exécution […]* ». Si « *la partie qui initie, poursuit ou rompt les négociations d'une manière contraire à la bonne foi elle répond du préjudice causé à l'autre partie […]* »[372].

Quant aux projets européens d'harmonisation, la bonne foi y est prévue comme un devoir de comportement pendant la formation et conclusion du contrat. Les principes du droit

[371] L'art. 18 du projet de la Chancellerie.

[372] L'art. 1183, al. 4 du n.C.civ.ro.

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

Le premier alinéa de l'article 2 : 301 rappelle la liberté fondamentale des parties de commencer, poursuivre et interrompre des pourparlers. Le droit de changer d'avis, appelé aussi *ius variandi*, est un principe fondamental dans un système libéral et commun aux droits de l'Union Européenne[373].

Cependant, l'alinéa 2 limite la liberté de négocier en imposant une responsabilité précontractuelle pour des comportements précontractuels contraires à la bonne foi. Ainsi l'alinéa 3 de l'article 2 : 301 crée une image d'une obligation précontractuelle concrète d'avoir une attitude de bonne foi.

En somme, les PECL imposent un principe général de bonne foi étendu également à la phase précontractuelle. Ils affirment d'une manière expresse une responsabilité civile de nature délictuelle fondée sur la bonne foi pour la partie qui a abuse de ses libertés précontractuelles.

La présence du principe de la bonne foi dans des dispositions de l'acquis communautaire[374] a fait que les principes de l'acquis communautaire (ACQP), dans le chapitre deuxième, « *Les devoirs précontractuels* » (« *Pre-contractual Duties* »), à l'article concernant le devoir général de la bonne foi, prévoient que « *dans les relations précontractuelles, les parties doivent agir en conformité avec bonne foi* »[375].

---

[373] C. Von Bar, R. Zimmermann, *Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts*, t. I, Sellier European Law Publishers, Munich, 2002, p. 21.

[374] À titre d'exemple : l'art. 4, al. 2 de la Directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant sur la protection des consommateurs en matière de contrats à distance ; l'art. 3, al. 2 de la Directive 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil, du 23 septembre 2002, concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, dite des « *services financiers à distance* » ; l'art. 2, let. h de la Directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mai 2005, relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur, dite des « *pratiques déloyales* ».

[375] L'art. 2 : 101 ACQP : « *In pre-contractual dealings, parties must act in accordance with good faith* ».

Les dispositions de l'article 2 : 103 de l'ACQP régissant les négociations contraires à la bonne foi, créent une réglementation spécifique[376]. Ainsi, l'alinéa 1er qui puise sa source dans le principe de la liberté contractuelle, établit que les parties ont la liberté « *de négocier et ne peuvent encourir de responsabilité pour ne pas être parvenues à un accord* ». Par conséquent, les parties vont assumer elles-mêmes les risques et supporter les coûts de la négociation.

Le deuxième alinéa limite toutefois cette liberté. Dans la vision de l'ACQP, une partie qui entame ou rompt les négociations contrairement aux exigences de la bonne foi, sera sanctionnée pour le dommage causé à autrui.

Finalement, l'alinéa 3 de l'article 2 : 103 vient compléter l'alinéa 2. Ainsi, il spécifie précisément l'obligation de négocier sérieusement, en conformité avec sa vraie volonté et le devoir fondamental de bonne foi.

L'Avant-projet du Cadre Commun de Référence (DCFR) prolonge les dispositions des principes de l'acquis communautaire (AQCP), en reprenant parfois au mot près les règles de l'AQCP.

L'article II – 3 : 301 du DCFR prévoit que : « *(1) Les parties sont libres de négocier et ne peuvent encourir de responsabilité pour ne pas être parvenues à un accord. (2) Celui qui s'est engagé dans une négociation est tenu de négocier de bonne foi. Cette obligation ne peut être exclue ou limitée contractuellement. (3) Celui qui conduit ou rompt une négociation contrairement aux exigences de la bonne foi est responsable de tout préjudice causé à l'autre partie. (4) Est en particulier contraire aux exigences de la bonne foi le fait d'entamer ou de poursuivre des négociations sans avoir de véritable intention de parvenir à un accord avec l'autre partie* ».

Le texte correspond à l'article 2 : 103 de l'ACQP. Pourtant, le DCFR a intégré le contenu de l'article 2 : 101 de l'ACQP qui prévoit l'obligation des parties d'avoir un comportement en accord avec la bonne foi dans les affaires précontractuelles.

---

[376] L'art. 2 : 103 ACQP : « *(1) Les parties sont libres de négocier et ne peuvent encourir de responsabilité pour ne pas être parvenues à un accord. (2) Cependant, celui qui a conduit ou rompu des négociations contrairement aux exigences de la bonne foi est responsable de tout préjudice causé à l'autre partie. (3) Est en particulier contraire aux exigences de la bonne foi le fait d'entamer ou de poursuivre des négociations sans avoir de véritable intention de parvenir à un accord* ».

Le DCFR se distingue de l'ACQP aussi par la terminologie utilisé. Le mot « *person* » (« *personne* ») remplace le mot « *party* » (« *partie* »), l'expression « *good faith and fair dealing* » (« *bonne foi et loyauté*») remplace « *good faith* » (« *bonne foi* »). De plus, il définit la notion de « *good faith* »[377] ainsi que le concept « *good faith and fair dealing* »[378].

Pour la forme finale du « *draft* », l'Association Henri Capitant et la Société de Législation comparée[379] ont proposé d'intégrer parmi les principes directeurs, le « *General duty of good faith and fair dealing* » (« *le devoir général de bonne foi et de loyauté*») le texte suivant : « *(1) Each party is bound to act in conformity with the requirements of good faith and fair dealing, from the negotiation of the contract until all of its provisions have been given effect. (2) The parties may neither exclude the duty, nor limit it* »[380].

En imposant cette obligation aux parties, sera instaurée une protection uniforme qui couvre les actions des cocontractants avant, pendant et après la conclusion du contrat.

L'avant-projet de Code européen des contrats ou le projet Gandolfi règlemente aussi la bonne foi sous l'en-tête de « *devoir de correction* »[381]. L'avant-projet ne se distingue pas des

---

[377] « *Good faith is a mental attitude characterized by honesty and an absence of knowledge that an apparent situation is not the true situation* » (« *la bonne foi est une attitude mental caractérisé par l'honnête et l'absence de connaissance dont une situation apparente n'est pas la réel* ») ; Study Group on a European Civil Code, Research Group on EC Private Law (Acquis Group), sous *dir.* C. Von Bar, *Principels, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR), Outline Edition*, Sellier, Munich, 2009, p. 555.

[378] L'art. I.-1 : 103 du DCFR : « *Good faith and fair dealing is a standard of conduct characterized by honesty, openness and consideration for the interests of the other party to the transaction or relationship in question* » (« *la bonne foi et l'acte loyal est un standard de conduit caractérisée par l'honnête, l'ouverture et la considération pour les intérêt de l'autre partie à la transaction ou de la relation en question* »).

[379] Twingg-Flesner, « Precontractual duties – from the acquis to the Common Frame of Reference », *in* R. Schultz, *Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law*, Sellier, Munich, 2008, p. 102.

[380] « *(1) Chaque partie est tenu d'agir en conformité avec les exigences de la bonne foi et de loyauté, de la négociation du contrat jusqu'à l'exécution de toutes les clauses. (2) Les parties ne peuvent pas exclure cette obligation, ni la limiter* ».

[381] L'art. 6 du projet Gandolfi : « (*1) Chacune des parties est libre d'entreprendre des tractations en vue de conclure un contrat sans que l'on puisse lui imputer la moindre responsabilité au cas où le contrat ne serait pas stipulé, sauf si son comportement est contraire à la bonne foi. (2) Agit à l'encontre de la bonne foi la partie qui entreprend ou poursuit les tractations sans l'intention de parvenir à la conclusion du contrat. (3) Si au cours des tractations les parties ont déjà examiné les éléments essentiels du contrat, dont on prévoit l'éventuelle conclusion, celle des parties qui a suscité auprès de l'autre une confiance raisonnable quant à la stipulation du*

autres projets européens d'harmonisation. Il consacre ainsi la liberté de négocier et le devoir de diligence tout au long de l'avancement des pourparlers issus de l'obligation fondamental de bonne foi.

Les principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international contiennent au stade de la phase précontractuelle un certains nombre de règles spécifiques concrétisant la notion de la bonne foi[382].

Ainsi, l'article 2.1.15[383] des principes énonce à l'alinéa premier la règle générale de la liberté de négocier. Cependant, l'alinéa 2 dispose que « *le droit d'une partie de négocier librement et de décider des clauses à négocier n'est toutefois pas sans limite et ne doit pas entrer en conflit avec le principe de la bonne foi posé à l'article 1.7*[384] »[385]. L'alinéa 3 indique expressément qu'il s'agit des situations où une partie entame ou poursuit des négociations sachant qu'elle n'a pas l'intention de parvenir à un accord avec l'autre partie et lorsque « *une partie a délibérément, ou par négligence, induit en erreur l'autre partie quant à la nature des clauses du contrat, soit en déformant les faits, soit en ne révélant pas des faits qui, en raison de la qualité des parties et/ou de la nature du contrat, auraient dû l'être* »[386].

---

contrat, agit à l'encontre de la bonne foi, dès lors qu'elle interrompt les tractations sans motif justifié. (4) Dans les cas prévus aux alinéas précédents, la partie qui a agi à l'encontre de la bonne foi est tenue de réparer le préjudice subi par l'autre partie au maximum dans la mesure des frais engagés par cette dernière au cours des tractations en vue de la stipulation du contrat, ainsi que de la perte d'occasion similaire causée par les tractations pendantes ».

[382] M. J. Bonell, « Formation of Contracts and Precontractual Liability under the Vienna Convention on International Sale of Goods », *in* Intenational Chamber of Commerce, *Formation of Contracts and Precontractual Liability, The Dossiers of the Institute of International Business Law and Practice*, Pairs, 1990, p. 10 et s.

[383] L'art. 2.1.15 des principes UNIDROIT : « *(1) Les parties sont libres de négocier et ne peuvent être tenues pour responsables si elles ne parviennent pas à un accord. (2) Toutefois, la partie qui, dans la conduite ou la rupture des négociations, agit de mauvaise foi est responsable du préjudice qu'elle cause à l'autre partie. (3) Est, notamment, de mauvaise foi la partie qui entame ou poursuit des négociations sachant qu'elle n'a pas l'intention de parvenir à un accord* ».

[384] L'art. 1.7 des principes UNIDROIT : « *(1) Les parties sont tenues de se conformer aux exigences de la bonne foi dans le commerce international. (2) Elles ne peuvent exclure cette obligation ni en limiter la portée* ».

[385] Institut internationale pour l'unification du droit privé (UNIDROIT), *Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international 2010*, UNIDROIT, Rome, 2010, p. 62.

[386] *Ibidem.*

§2. Les limites générales de la liberté de négociation

Tout d'abord, la loyauté est une limite à la liberté d'initier des négociations. En l'absence de toute formalisation contractuelle des négociations, la loyauté oblige les parties à ne pas entamer des négociations sans avoir l'intention réelle de conclure le contrat.

Les négociations ont pour rôle de créer le cadre dans lequel les parties portent des discussions sur les conditions du contrat envisagé. Ainsi, les partenaires font des échanges, ils portent des discussions, afin d'arriver à un accord des volontés sur le contenu du futur contrat. Si l'un des protagonistes commence les pourparlers en ayant un autre objectif que la conclusion du contrat, par exemple l'espoir d'obtenir des informations sur l'activité de l'autre partie, sur ses secrets de fabrications ou de son savoir-faire, ou tout simplement d'empêcher des négociations avec d'autre cocontractants potentiels, il trompe la croyance de l'autre partie. Donc, c'est de l'absence d'intention de parvenir à un accord qui prouve la déloyauté.

Ensuite, la loyauté est une limite à la liberté de poursuivre et de porter des pourparlers parallèles. Ainsi, la loyauté oblige également les parties à tout mettre en œuvre pour parvenir à la conclusion du contrat. « *Elle devront donc avoir une attitude active et constructive dans les négociations* »[387].

Le comportement déloyal au cours de la formation du contrat est ainsi sanctionné lorsqu'une partie poursuit des pourparlers en vain. Autrement dit, elle maintient une apparence trompeuse de conclure le contrat sans avoir *de facto* l'intention sérieuse de parvenir à un accord[388].

La déloyauté pour le commencement de négociations et pour la vaine poursuite des négociations se caractérise par l'intention de ne pas parvenir à l'accord final positif, la conclusion du contrat, ou négatif, la non-conclusion à cause de la non-concordance des volontés, et l'intention de maintenir l'autre dans un état d'illusion.

---

[387] P. Jourdin, « Rapport français », *op.cit.*, p. 129.

[388] C.A. Rennes, 8 juillet 1929, *D.* 1929, p. 548 ; C.A. Paris, 25e ch., 19 janvier 2001, *D.* 2001, p. 677 ; *RTD civ.* 2001, p. 350, obs. J. Mestre et B. Fages.

L'article 1183, alinéa 3 du nouveau Code civil roumain prévoit expressément qu' « *est contraire à l'exigence de la bonne foi, entre autres, la conduite par la partie qui initie ou poursuit des négociations sans intention du conclure le contrat* ».

Les projets français *de lege ferenda* règlementent la jurisprudence concernant l'obligation de mener des pourparlers de bonne foi. L'article 24, alinéa 2 du projet Terré dispose que la faute est source de responsabilité « *[...] lorsque l'une des parties a entamé ou a poursuivi des négociations sans avoir de véritable intention de parvenir à un accord* ». L'avant-projet Catala prévoit que « *l'échec d'une négociation ne peut être source de responsabilité que s'il est imputable à la mauvaise foi ou à la faute de l'une des partie* »[389]. Le texte de l'alinéa 2 de l'article 20 du projet de la Chancellerie de 2008 dit que « *la conduite [...] fautive des négociations oblige son auteur à réparation [...]. La faute est notamment constituée lorsque l'une des partie a entamé ou a poursuivi des négociations sans intention de parvenir à un accord* ». Aussi, le projet d'ordonnance de mars 2015 portant sur la réforme du droit des obligations de la Chancellerie dispose à l'article 1111, alinéa 2ème que « *la conduit ou la rupture fautive de ces négociations oblige son auteur à réparation sur le fondement de la responsabilité extracontractuelle* ».

Enfin, la loyauté représente une limite à la liberté d'interrompre les pourparlers à tout moment. La liberté de négociation donne aux parties un véritable pouvoir de rompre les pourparlers même s'ils sont avancés[390]. Ainsi, « *l'échec de la négociation n'est pas, en lui-même, critiquable ; il n'est que la manifestation de la liberté contractuelle, qui permet à chacun de décider s'il désire ou non contracter* »[391].

Toutefois, le principe de bonne foi limite la liberté contractuelle par le contrôle sur la rupture des pourparlers. Le principe fait obstacle à tout comportement contraire à la bonne foi, donc à tout comportement de mauvaise foi[392]. Par conséquent, les parties ont la possibilité de renoncer à la négociation en vertu de l'autonomie de la volonté mais à la condition que le

---

[389] L'art. 1104, al.1er et 2ème de l'Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription (l'avant-projet Catala).

[390] J.-J. Fraimout, « Le droit de rompre des pourparlers avancés », *Gaz.Pal.* 2000, Doct., p. 943.

[391] J. Schmidt-Szalewski, « La période précontractuelle en droit français », *RID comp.* 2/1990, vol. 42, p. 547.

[392] P. Le Tourneau, « La rupture des négociations », *RTD com*. 11/1998, p. 483.

retrait soit en conformité avec le principe de la bonne foi. « *C'est donc la mauvaise foi qui est le critère de la faute précontractuelle* »[393].

Dans le système français, la bonne foi[394] est présumée et la doctrine l'a définie « *comme la croyance et l'attitude diligente et honnête* »[395]. « *Par voie de conséquence, tout retrait de la table des négociations qui révèlerait le caractère erroné de la croyance qu'a le partenaire dans la conclusion du contrat, et de la même manière tout retrait de la discussion qui s'effectuerait malhonnêtement va violer le principe de bonne foi ; la jonction des deux acceptations fera croire à son interlocuteur qu'il a la volonté de contracter alors qu'il n'en est rien* »[396].

Même si le Code civil français ne contient pas l'obligation d'avoir un comportement de bonne foi dans la rupture des négociations, les projets de réforme la précisent. Le projet d'ordonnance de la Chancellerie de mars 2015 prévoit ainsi à l'article 1111, alinéa 1 que « *l'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelle [...] doivent satisfaire aux exigences de la bonne foi* ». Le projet Terré par l'alinéa 1er de l'article 24 l'énonce également[397]. L'avant-projet Catala la contient aussi : « *[...] le déroulement et la rupture des pourparlers sont libres, mais ils doivent satisfaire aux exigences de la bonne foi* »[398].

Dans le droit roumain, « *les parties ont la liberté de conclure tous les contrats* »[399] « *par la négociation entre les parties* »[400]. De façon égale, « *les parties sont libres d'initier, de*

---

[393] J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, Paris, 1982, p. 107.

[394] J.-F. Romain, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 217.

[395] K. Mimouni, *op.cit.*, p. 476.

[396] *Ibidem*.

[397] L'art. 24, al. 1er du projet Terré : « *L'initiative, le déroulement et la rupture des pourparlers sont libres, mais ils doivent satisfaire aux exigences de la bonne foi* ».

[398] L'art. 1104, al.1er et 2ème de l'avant-projet Catala.

[399] L'art. 1169 du n.C.civ.ro. : « *Les parties sont libres de conclure tout contrat et de déterminer son contenu, dans les limites imposées par la loi, l'ordre public et bonnes mœurs* ».

[400] L'art. 1182, al. 1er du n.C.civ.ro. : « *Le contrat est conclu par sa négociation entre les parties ou par l'acceptation sans réserve d'une offre de contracter* ».

mener et de rompre les négociations et ne peuvent être tenues responsables de l'échec de celle-ci »[401].

Toutefois, l'article 1183, alinéa 4 du nouveau Code civil roumain sanctionne expressément « *la partie qui initie, poursuit ou rompt les négociations d'une manière contraire à la bonne foi […]* ».

La partie qui manifeste une telle attitude engage ainsi sa responsabilité pour la violation du principe de bonne foi et plus précisément pour commission d'un abus de droit dans sa liberté contractuelle. Cependant, l'abus « *ne confère aucune originalité à la faute* »[402]. C'est sur le fondement du principe de la bonne foi dans les pourparlers, et plus spécifiquement dans la forme antithétique de l'abus précis du droit de rompre les négociations, qu'est fondée la responsabilité[403]. Par conséquent, l'abus de droit demeure une des deux formes de la mauvaise foi : le détournement de la fonction sociale des négociations et l'intention de nuire[404].

« *Neminem laedit qui suo jure utiture* », celui qui use de son droit ne cause un dommage injuste à personne est l'adage qui caractérise une rupture des pourparlers sans l'engagement de la responsabilité. Ainsi, il n'y a pas une faute ***de*** rupture, mais une faute ***dans*** la rupture. Donc, un abus dans le comportement d'une partie lors des négociations.

La doctrine s'est pourtant demandé si la distinction entre faute dans la rupture et faute de rupture ne revêt pas un caractère « *artificiel* »[405]. Ainsi, les circonstances qui confèrent un caractère fautif à la rupture se confondent avec l'intention de rompre. En effet, la durée prolongée des pourparlers avec la dissimulation de la vrai intention et l'inspiration chez son partenaire d'une « *confiance légitime* » et enchainé avec la rupture brutale, il marque plutôt, d'après une partie de la doctrine, une « *faute de rupture* ». Le fait de laisser les négociations se prolonger en créant chez son partenaire l'impression que le contrat sera conclu, ne constitue

[401] L'art. 1183, al. 1er du n.C.civ.ro.

[402] J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, *op.cit.*, p. 108.

[403] K. Mimouni, *op.cit.*, p. 477.

[404] J. Schmidt-Szalewski, *op.cit.*, p. 107.

[405] J. Ghestin, « La responsabilité délictuelle pour rupture abusive des pourparlers », *JCP* 2007. I. 155, n°16.

pas en soi et à lui seul une faute[406]. C'est l'intention de rompre sans motif légitime qui donne le caractère fautif à la rupture.

D'une manière générale, la jurisprudence française a considéré que la responsabilité peut être retenue lorsque des pourparlers ont été engagés ou prolongés sans intention sérieuse de contracter[407] ou lorsqu'ils ont été rompus « *sans raison légitime, brutalement et unilatéralement* »[408]. Pour le reste, la faute réside moins en réalité dans la rupture elle-même que dans le fait antérieur d'avoir entretenu l'autre partie « *dans l'illusion* » de la conclusion du contrat[409] ou même seulement de la poursuite des pourparlers[410].

En conclusion, en vertu du principe de l'autonomie de la volonté les parties peuvent rompre les pourparlers en principe à tout moment. Cependant, la rupture doit être loyale, c'est-à-dire que celui qui ne souhaite plus continuer les négociations doit informer l'autre partie dans un délai raisonnable[411]. Deux éléments définissent *in genere* la spécificité de la rupture brutale des pourparlers. Logiquement plus les pourparlers sont longs, plus la confiance de conclure le contrat est grande et les parties doivent faire preuve de vigilance dans l'interruption. Ainsi, le premier élément est la durée des négociations. Le deuxième est l'avancement des pourparlers, car il y a une différence entre la durée et l'avancement. Si les parties ont fait des démarches importantes en vue de la conclusion du contrat et/ou l'exécution du contrat, les pourparlers sont considérés comme « *avancées* », même s'ils ont duré une courte période.

---

[406] H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*. *Obligations, Contrats spéciaux, Sûretés*, t. II, 12e éd., Dalloz, Paris, 2008, p. 8.

[407] Cass.com., 23 mai 1989, *JCP E* 1989.I.18761 ; *RTD civ.* 1989, p. 736, obs. J. Mestre ; Cass.com., 22 févr. 1994, *Bull. civ.* IV 1994, n° 72 ; *RTD civ*. 1994, p. 850, obs. J. Mestre ; C.A. Paris, 13 mai 1988, *RTD civ.* 1989, p. 736, obs. J. Mestre.

[408] Cass.com., 20 mars 1972, *JCP G* 1973.II.17543, note J. Schmidt ; *RTD civ.* 1972, p. 779, obs. G. Durry.

[409] Cass. 1er civ., 20 juin 1961, *D.* 1962, jurispr. p. 3 ; Cass.com., 18 juin 2002, *RTD civ*. 2003, p. 282, obs. J. Mestre et B. Fages.

[410] Cass.com., 26 nov. 2003, l'arrêt *Manoukian*, n° 00-10.243 et n° 00-10.949, *JurisData* n° 2003-021243 ; *JCP G* 2004.I.163, obs. G. Viney ; *JCP E* 2004, 738, note P. Stoffel-Munck, *Bull. civ.* IV, 2003.186 ; *D.* 2004, p. 869, note A.-S. Dupré-Dallemagne ; *RDC* 2004, p. 257, obs. D. Mazeaud ; *RTD civ*. 2004, p. 80, obs. J. Mestre et B. Fages.

[411] S. Tisseyre, *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats*, *op.cit.*, p. 53, n°28.

Sous-section 2. La loyauté, la limite du principe de la liberté contractuelle

La liberté contractuelle donne à chaque personne, physique ou morale, le droit de choisir seule son futur partenaire, de négocier le contenu et la forme du contrat envisagée et de conclure ou non le contrat négocié.

Même si le Code civil français ne précise pas cette liberté parmi ses principes, la liberté contractuelle bénéficie d'une protection constitutionnelle à travers l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789[412].

Le nouveau Code civil roumain affirme également la liberté contractuelle à l'article 1169[413] et, en ayant une importance fondamentale dans le contexte du commerce européen et international, les projets académiques européens l'ont tous admise et prévue également dans leur contenu[414].

Ralliés à la tendance du droit positif européen, les projets de réforme du droit civil français règlementent aussi la liberté contractuelle. Ainsi, le projet de réforme du droit des obligations de la Chancellerie de mai 2008 prévoit à l'article 15 que chaque partie à la négociation est libre de contracter ou de ne pas contracter et à l'article 16, alinéa 1 que « *la liberté contractuelle emporte celle de choisir son cocontractant, ainsi que celle de déterminer le contenu et la forme du contrat* ». Le projet Terré affirme à l'article 3 que « *les parties sont libres, dans les limites fixées par la loi, de choisir leur cocontractant et de déterminer la forme et le contenu du contrat* ». Le projet d'ordonnance de mars 2015 de la Chancellerie dit aussi que « *chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi* » (art. 1101).

Comme nous l'avons déjà énoncé, le principe de liberté contractuelle se compose de la liberté de choisir le futur cocontractant, de la liberté de déterminer le contenu et la forme du contrat et de la liberté du contracter ou non.

---

[412] L'art. 4 de la DDHC : « *La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société, la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi* ».

[413] L'art. 1168 du C.civ.ro., « *La liberté de contracter* » : « *Les parties sont libres de conclure tout contrat et de déterminer son contenu, dans les limites imposées par la loi, par l'ordre public et les bonnes mœurs* ».

[414] À titre d'exemple on cite: l'art.1.1 des Principes UNIDROIT ; l'art. 1.102 des Principes Lando ; l'art. 2 du Code Gandolfi ; l'art. II.-1 : 102 du DCFR ; l'art. 0 : 101 du Droit européen du contrat.

À côté de la loi et des bonnes mœurs, la bonne foi reste également le gardien du principe de la liberté contractuelle, en imposant aux parties une attitude de *bonus vir* dans l'exercice de la liberté.

Les limites peuvent à la fois affecter le choix de la personne du cocontractant (§1), le choix du contenu du contrat (§2), ainsi que la liberté de contracter ou de ne pas contracter (§3).

§1. Limite à la liberté de choisir le cocontractant

Le libre choix du cocontractant suppose le droit « *de ne pas motiver le choix de tel contractant plutôt que tel autre, et même celui de ne pas communiquer les critères selon lesquels ce choix est exercé* »[415].

Toutefois, la liberté de ne pas conclure avec une personne ou de conclure le contrat seulement avec certaines personnes au détriment des autres est loin d'être absolue. La jurisprudence nous le montre même si elle reste une liberté de principe.

La bonne foi empêche ainsi la liberté de ne pas devenir une discrimination illicite qui cause des dommages. La chambre commerciale de la Cour de cassation a retenu dans un arrêt de 7 avril 1998 « *que le concédant a le droit de traiter avec le cocontractant de son choix, qu'il n'est pas tenu de motiver sa décision ni de communiquer les critères selon lesquels ce choix est exercé* »[416]. Pourtant, par l'arrêt *Biotherme*[417] et en appliquant l'article L. 122-1 du Code de consommation[418], la Cour de cassation a jugé qu'un producteur a le droit de bâtir un réseau de distribution sélective à la condition d'être en mesure de justifier objectivement ses choix. Également, si un employeur se trouve dans la situation de pluralité de candidatures pour

---

[415] M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations. 1 – Contrat et engagement unilatéral*, 3e éd., PUF, Paris, 2013, p. 58.

[416] Cass.com., 7 avril 1998, *Bull.civ.* IV, n° 126, p. 161.

[417] Cass.com., 21 octobre 1997, *Bull.civ.* IV, n° 271 ; *RJDA*, n° 1480,1997.1014.

[418] L. 122-1, al.1, du C. consom. : « *Il est interdit de refuser à un consommateur la vente d'un produit ou la prestation d'un service, sauf motif légitime, et de subordonner la vente d'un produit à l'achat d'une quantité imposée ou à l'achat concomitant d'un autre produit ou d'un autre service ainsi que de subordonner la prestation d'un service à celle d'un autre service ou à l'achat d'un produit dès lors que cette subordination constitue une pratique commerciale déloyale au sens de l'article L. 120-1* ».

le même emploi, le choix ne doit pas relever de la subjectivité la plus arbitraire car, en cas de litige, l'employeur doit prouver les motifs objectifs sur lesquels il arrête son option[419].

Une autre application de la loyauté relevée par la jurisprudence est la rupture de la relation uniquement pour « *nuire sans motif légitime à l'autre partie [ses fournisseurs] de chiffre d'affaires sans craindre pour elle-même, un risque commercial qui eut été l'expression d'une concurrence équilibrée* »[420]. Donc, « *la liberté de ne pas contracter avec tel ou tel peut-t-elle sensiblement s'affaiblir lorsqu'elle entend s'exercer avec une certaine brutalité, au lendemain de relations qui, au contraire, avaient été particulièrement intenses* »[421].

La bonne foi limite de même la liberté de choisir le cocontractant dès lors qu'une offre faite publiquement ne contient pas des spécificités relatives à la personne des destinataires, l'acceptation de « *prior in tempore* » forme le contrat, « *potior in iure* ».

§2. Limite à la liberté de choisir le contenu

Lors de la formation du contrat, les parties ont aussi la liberté de choisir le contenu du futur contrat, c'est-à-dire de stipuler les clauses qui englobent les droits et les obligations du contrat. Cependant, elles doivent être exprimées loyalement. Autrement dit, il faut qu'elles soient rédigées de façon claire et compréhensible, car l'obligation de loyauté oblige les parties à ne pas tromper son partenaire et profiter de sa faiblesse pour lui imposer des clauses abusives[422].

« *La théorie de la bonne foi se trouve à la racine de la lutte contre les clauses abusives* »[423]. Pourtant, limitée uniquement à la phase de l'exécution du contrat par l'article 1134, la bonne foi est difficilement admise en droit français sur la surveillance du caractère abusif des clauses pendant la formation du contrat.

---

[419] Cass.soc., 7 juillet 1998, *Bull.civ.* V, n° 373, p. 282 ; *JCP* 1999.II.10009, note M. Del Sol.

[420] C.A. Paris, 15 mai 1998, *Contrats, conc. consom.* 1998, n° 115, obs. L. Vogel.

[421] J. Mestre, « Obligations et contrats spéciaux. 1. Obligations en général », *RTD civ.* 1/1999, p. 80.

[422] P. Jourdin, « Rapport français », *op.cit.*, p. 123.

[423] A. Karimi, *Les clause abusives et la théorie de l'abus de droit*, LGDJ, Paris, 2001, p. 204.

Toutefois, il existe une partie de la doctrine[424] ainsi qu'une certaine jurisprudence[425] qui tente de démontrer l'application du principe de la bonne foi à la formation du contenu des clauses. « *Il paraît juste d'admettre que le principe de bonne foi dans la formation même du contrat, permettra de réputer non écrites les clauses qu'une partie aurait imposées sans nécessité par rapport à l'économie du contrat passé, mais à l'occasion seulement de l'état de subordination économique dans laquelle se trouvait son cocontractant* »[426].

Avec l'autonomie de la volonté, et implicitement la liberté de choisir le contenu du contrat, le droit commun des contrats n'a pas donné des solutions spécifiques aux problèmes de la partie faible contre les éventuels abus de la partie forte. C'est seulement à partir des années 1970 qu'en Europe et aussi en France par la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 sur l'information et la protection du consommateur que des dispositions légales ont été consacrées contre les clauses abusives.

C'est d'une manière généralement reconnue que la position d'un professionnel dans la hiérarchie de la société est supérieure à celle du consommateur[427]. Et pour équilibrer la balance, le législateur, par l'article L. 132-1, alinéa 1er, du Code de la consommation, prévoit que « *dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat* ». Par le contenu de l'article, le code veut donc rétablir l'équilibre entre les pouvoirs des parties et non assurer une équivalence globale entre les droits et les obligations.

Même si le caractère abusif s'apprécie lors de l'exécution du contrat, c'est au moment de la formation donc des pourparlers que la mauvaise foi matérialisée dans les clauses prend naissance. C'est d'ailleurs ce que précise l'alinéa 5 du même article, « *le caractère abusif d'une clause s'apprécie en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion […]* ».

---

[424] G. Desgorges, *La bonne foi dans le droit des contrats. Rôle actuel et perspective*, thèse, Paris II, 1992 ; F. Magnin, « Réflexion critiques sur une extension possible de la notion de dol dans la formation des actes juridiques. L'abus de situation », *JCP G* 1993.I.3673, n° 39.

[425] Cass.com., 3 novembre 1992, *Bull.civ.* IV, n° 338 ; Cass.soc., 19 novembre 1992, *Bull.civ.* V, n° 594.

[426] F.-X. Testu, « Le juge et le contrat d'adhésion », *JCP G* 1993.I.3673, n° 39.

Pourtant, toute personne qui conclut un contrat ne se trouve pas nécessairement sous la coupole protectrice de l'article L. 132-1. Ainsi, la partie faible doit être un consommateur ou non-professionnel et la partie forte un professionnel.

La Cour de justice des communautés européennes a jugé, dans un arrêt du 20 novembre 2001, que la directive du 5 avril 1993[428] visant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, que la protection s'applique uniquement aux personnes physiques.

En revanche, la Cour de cassation française ne limite pas l'application du texte de la loi aux personnes physiques, elle englobe dans la notion de « *consommateur* » la personne morale[429] car elle peut conclure des contrats pour satisfaire ses besoins non-professionnels[430]. La doctrine[431] étend également la notion de consommateur à quatre catégories de personnes : les professionnels agissant en dehors de leur spécialité, les épargnants faisant des actes de placement, les vendeurs ou prestataires non professionnels et les personnes morales non professionnelles.

C'est à cause de la supériorité économique, technique, de l'expérience de la vie des affaires du professionnel[432] que, par la loi du 1er février 1995, le législateur met en évidence l'importance pour le consommateur de pouvoir prendre connaissance de l'ensemble des clauses, préalablement à la signature du contrat, qu'il va assumer.

Les stipulations abusives peuvent « *toucher* » d'abord le moment de la conclusion du contrat. Ainsi, le professionnel peut insérer des clauses dans lesquelles il se réserve un délai excessif pour décider s'il conclut ou non le contrat.

Ensuite, le professionnel peut insérer des clauses qui visent l'objet du contrat. Il peut se réserver ainsi le droit de déterminer unilatéralement si le bien est conforme ou non au contrat

---

[427] Y. Picod, « Bonne foi et droit de la consommation », *in Mélanges en l'honneur de Daniel Tricot*, Litec, Dalloz, Paris, 2011, p. 121.

[428] Directive n° 93/13/CEE Conseil 1993-04-05.

[429] Cass. 1er civ., 15 mars 2005, *Bull.civ.* I, n° 135, p. 116.

[430] B. Gelot, « Clauses abusives et rédaction des contrats : Incidences de la loi du 1er février 1995 », *Defrénois*, 1995, 1er partie, p. 1204.

[431] J. Calais-Auloy, H. Temple, *Droit de la consommation*, 8e éd., Dalloz, Paris, 2010, p. 11.

[432] « *Le professionnel […] connaît parfaitement les obligations que le contrat mettra à la charge des deux parties […], ensuite, les biens et les services qu'il s'engage à fournir […], enfin, les conditions dans lesquelles il lui sera possible de tenir son engagement* », H. Bricks, *op.cit.*, p. 4.

ou encore, il peut prévoir des clauses aux termes desquelles le consommateur, lorsqu'il signe le contrat, déclare connaître certaines conditions alors qu'en fait, il les ignore.

Enfin, il peut stipuler des clauses dans lesquelles le prix n'est pas déterminé ni déterminable selon des critères spécifiés dans le contrat et raisonnables du point de vue des consommateurs.

Toutefois, à cause de la limitation du texte de l'article 1134 du Code civil uniquement à la phase *post conclusionem*, il est apparu dans la doctrine française la notion « *d'abus de situation* »[433]. L'expression « *abus de situation* » définit « *le comportement du contractant qui, par des manœuvres déloyales et l'exploitation de l'état d'infériorité de son partenaire, l'a conduit à la conclusion d'un acte juridique dont ce contractant retire un avantage excessif* »[434].

Cependant, l'abus de situation n'a pas pu être considéré comme autonome. Ainsi, dans une première perspective, il n'était qu'une sous-catégorie de l'abus de position dominante prévue par le droit de la concurrence[435]. La notion d'exploitation abusive a été caractérisée par la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes comme étant « *une notion objective qui vise les comportements d'une entreprise en position dominante qui sont de nature à influencer la structure d'un marché ou, à la suite précisément de la présence de l'entreprise en question, le degré de concurrence est déjà affaibli et qui ont pour effet de faire obstacle, par le recours à des moyens différents de ceux qui gouvernent une compétition normale des produits ou services sur la base des prestations des opérateurs économiques, au maintien du degré de concurrence existant encore sur le marché ou au développement de cette concurrence* »[436]. En droit français l'abus de position dominante est sanctionné par l'article L. 420-2 du Code de commerce[437].

---

[433] A. Karimi, *op.cit*., p. 209.

[434] *Ibidem*.

[435] M. Pedamon, « Les abus de domination », *Cah. dr. ent.*, 1/1987, p. 15 ; J.-M. Mousseron, V. Selinsky, *Le droit français nouveau de la concurrence*, Litec, Paris, 1987, n° 119 et s ; M. Kassem, *L'abus de domination en matière contractuelle. Étude comparative*, thèse, Aix-Marseille, 1992.

[436] CJCE, 13 février 1979, affaire 85/76, « *Hoffmann-La Roche & Co. AG contre Commission des Communautés européennes* » (http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:61976CJ0085).

[437] L'art. L.420-2 du C. de comm. : « *(1) Est prohibée, dans les conditions prévues à l'article L. 420-1, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en*

L'abus de situation de faiblesse a été perçu, dans une deuxième vision, comme un abus en fait du droit de contracter. Pour M. Ghestin, « *cet abus de situation peut être analysé comme un usage abusif du droit qui appartient à chacune des parties, dans la négociation d'un contrat, de rechercher un profit* »[438]. Deux remarques peuvent être faites sur l'incorporation de l'abus de situation dans la théorie de l'abus de droit[439]. Premièrement, la théorie de l'abus de droit a une application virtuelle en matière de clauses abusives parce qu'elles tombent dans son champ d'application et, deuxièmement, la théorie de l'abus de droit est la seule à laquelle il est possible d'avoir recours pour annuler ces clauses.

Enfin, l'abus de la situation peut s'appliquer à la lumière de la théorie de la bonne foi qui impose aux parties une obligation générale de loyauté[440] et qui offre aux juges un moyen général de rééquilibrage du contrat, le plus souvent au profit du consommateur.

En conclusion, dans le processus de la formation du contenu du futur contrat, « *ce qui n'est pas moral, c'est de profiter de la situation, de l'ignorance ou de la faiblesse de l'autre partie contractante, d'abuser de sa puissance économique ou de la technique juridique par des clauses à sens unique, alambiquées et incompréhensibles pour le commun des consommateurs* »[441].

§3. Limite à la liberté de contracter ou de ne pas contracter

---

ventes liées ou en conditions de vente discriminatoires ainsi que dans la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées. (2) Est en outre prohibée, dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées, en pratiques discriminatoires visées au I de l'article L. 442-6 ou en accords de gamme ».

[438] J. Ghestin, « L'abus dans les contrats », *Gas.Pal.* 1/1981, p. 381.

[439] A. Karimi, *op.cit*., p. 215.

[440] F. Magnin, « Réflexions critiques sur une extension possible de la notion de dol dans la formation des actes juridiques. L'abus de situation », *JCP G* 1993.I.3673, n° 18.

[441] J. Beauchard, « Les principes européens du droit des contrats et le droit de la consommation », *in Études de droit de la consommation. Liber amicorum Jean Calais-Auroy*, Dalloz, Paris, 2004, p. 59.

Comme cela a été défini dans la partie dédiée à l'analyse de la liberté de conclure ou de ne pas conclure le contrat, cette liberté comporte deux libertés, la liberté d'engagement et la liberté dans l'engagement.

La liberté d'engagement définit l'aptitude des parties à s'engager dans un contrat en gardant leurs intérêts[442]. Elle caractérise un unique moment statique sur l'axe de l'évolution de la formation du contrat, la plénitude de liberté de s'engager au moment de l'émission du consentement.

Toutefois, la bonne foi n'a pas d'effet sur cette liberté et elle est seulement encadrée juridiquement par les règles du droit des incapacités et du droit de la consommation.

À l'opposé, la liberté dans l'engagement, la deuxième liberté, entre dans les limites de la loyauté. La liberté dans l'engagement s'applique à l'établissement d'un lien entre la partie et ses actes, plus exactement entre sa volonté réelle et ses actes, effets à cette volonté. Dans la création de ce lien, la loyauté permet de veiller à ce que le consentement soit donné en pleine liberté et de garantir qu'aucune des parties ne profiteraient de la situation de faiblesse de son partenaire.

Ainsi, par son comportement déloyal la partie profite de la situation d'infériorité de l'autre et, par conséquent, elle altère la liberté de conclure ou non, en provoquant un déséquilibre objectif des prestations futures.

Cependant, le déséquilibre n'est pas la source de la sanction, il est seulement un « *indice* »[443]. Ce qui engage la responsabilité délictuelle est l'altération de la liberté, c'est-à-dire que le débiteur n'aurait pas donné son consentement en l'absence de l'exploitation abusive des circonstances. La situation de faiblesse pourra consister dans une contrainte économique, ainsi que dans l'état psychologique ou physique de la partie qui n'est pas protégée par le droit des incapacités.

Sous-section 3. La loyauté et le principe du consensualisme

C'est plus précisément sur l'obligation de maintenir l'offre de contracter que l'analyse va se concentrer car la bonne foi est la limite de la libre-révocabilité de celle-ci (§2). Ces

---

[442] S. Obellianne, *Les sources des obligations*, PUAM, Aix-en-Provence, 2009, p. 310, n° 294.

[443] *Ibidem*, p. 329, n° 308.

développements seront nourris par une réflexion portant sur l'engagement par volonté unilatérale (§1).

§1. L'engagement par volonté unilatérale et la bonne foi précontractuelle

« *Lorsque l'un des partenaires a manifesté de façon ferme et précise sa volonté définitive de conclure le contrat projeté, encourra-t-il sanction s'il entend, par la suite, faire échec à sa formation en retirant son offre* »[444] ? La question est de savoir si, tant que l'offre n'a pas été acceptée, le pollicitant dispose librement de son offre en la retirant à tout moment ou s'il a obligation de la maintenir.

La doctrine a développé plusieurs théories. D'abord, selon Demolombe, c'est un avant-contrat tacite qui se forme[445]. Ainsi, le destinataire de l'offre aurait immédiatement accepté tacitement le maintien de la pollicitation pendant le délai indiqué par l'offre même s'il n'a encore accepté l'offre de conclure le contrat. Il est cependant douteux d'acquiescer à l'idée que le silence du bénéficiaire de l'offre traduit une acceptation de sa part[446].

Ensuite, une autre pensée doctrinale cultive l'idée que c'est uniquement la responsabilité civile qui pourrait permettre de sanctionner le retrait de l'offre pendant le délai indiqué par l'offrant[447], en appliquant la théorie de l'abus de droit[448] ou en faisant référence à la sanction de l'apparence dommageable provoquée par une offre retirée avant l'expiration du délai[449]. Pourtant, ce courant a également été critiqué. Si le retrait de l'offre avant l'expiration de délai constitue une faute préjudiciable, « *c'est bien qu'en amont pesait sur le pollicitant une obligation de la maintenir* »[450].

---

[444] J. Schmidt, « La sanction de la faute précontractuelle », *RTD civ*. 2/1974, p. 55, n° 14.

[445] C. Demolombe, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. I, Hachette et Cie, Paris, 1868, p. 64.

[446] C. Larroumet, *op.cit.*, p. 81, n° 98.

[447] M. Planiol, G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français. Obligation*, t. VI, LGDJ, Paris, 1957, p. 133.

[448] L. Josserant, *Cours de droit civil positif français*, t. II, Dalloz, Paris, 1930, n° 49.

[449] F. Chabas, *De la déclaration de volonté en droit civil français*, thèse, Dalloz, Paris, 1931, p. 182-184.

[450] J. Antippas, « De la bonne foi précontractuelle comme fondement de l'obligation de maintien de l'offre durant le délai indiqué « , *RTD civ.* 1/2013, p. 28.

Enfin, c'est la notion de l'engagement par volonté unilatérale ou de l'engagement unilatéral de volonté qui est proposée par la doctrine[451]. C'est la thèse majoritaire développée dans les projets de réforme du droit français et européen. Ainsi, elle se trouve des fondements généraux prévus : à l'article 1105-4 du l'avant-projet Catala « *l'offre adressée à une personne déterminée comporte l'engagement de la maintenir pendant un délai précis […]* » ; selon le projet Terré à l'article 18, l'articule 25 du projet de la Chancellerie de mai 2008 et l'article 1116 de la chancellerie de mars 2015, l'auteur de l'offre ne peut pas la révoquée avant l'expiration du « *délai expressément prévu, ou, à défaut, pendant un délai raisonnable* » ; dans le projet européen Von Bar (DCFR) à l'article II-1 : 103 (2) il est prévu que « *un engagement unilatéral valide lie son auteur s'il a été pris en vue d'être juridiquement obligatoire sans acceptation* » ; l'avant-projet de Code européen des contrat Gandolfi élaboré par l'Académie de Pavie, dispose à l'article 17 aussi qu' « *une offre est irrévocable dès lors que son auteur s'est obligé expressément à la maintenir ferme pour certain laps de temps* » ; les principes UNIDROIT par l'article 2.1.4, alinéa 2 affirme qu'une « *offre ne peut être révoquée : a) si elle indique, en fixant un délai déterminé pour l'acceptation ou autrement, qu'elle est irrévocable ; ou b) si le destinataire était raisonnablement fondé à croire que l'offre était irrévocable et s'il a agi en conséquence* »[452].

L'article 1191 du Code civil roumain dispose explicitement que l'offre est irrévocable si l'auteur s'oblige à la maintenir pendant un certain délai. Aussi, elle ne peut être révoquée si en vertu de l'accord de parties, de la pratique, des négociations ou de la coutume, elle est irrévocable. De même l'article 1193 oblige la partie à maintenir l'offre un délai raisonnable

---

[451] R. Worms, De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligation en droit romain et en droit français, thèse, éd. A. Giard, Paris, 1891, p. 175 et s. ; R. Saleille, *Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de code civil pour l'empire allemand*, 3e éd., LGDJ, Paris, 1925, p. 142 ; J. –L. Aubert, *Notion et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, LGDJ, Paris, 1970, p. 123 et s. ; M.-L. Izorche, *L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain*, PUAM, Aix-en-Provence, 1995, p. 151 et s.

[452] Le texte de la lettre « *b* » est l'application du principe général de l'interdiction de se contredire prévue par l'art. 1.8 des principes UNIDROIT. La source de la confiance du destinataire peut être soit la conduite de l'auteur de l'offre, soir la nature de l'offre comme l'offre dont l'acceptation exige une enquête longue et coûteuse de la part de bénéficière ou une offre fait dans le but de permettre au destinataire de faire à son tour une offre à un tiers ; Institut internationale pour l'unification du droit privé (UNIDROIT), *Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international 2010*, UNIDROIT, Rome, 2010, p. 41.

(alinéa 1er) sinon il sera responsable pour le préjudice causé par la révocation de l'offre (alinéa 3ème).

Toutefois, « *l'engagement unilatéral semble insusceptible d'offrir un fondement juridique convenable à l'obligation de maintien de la pollicitation durant le délai volontairement indiqué par l'offrant ; ce fondement gagnerait en revanche à être recherché dans la bonne foi précontractuelle* »[453].

Malgré la tendance *de lege fernenda* nationale ou européenne, l'engagement unilatéral ne représente pas une source d'obligation expressément prévue par le droit positif. L'article 1370 du Code civil français retient comme sources d'obligations uniquement la loi, la convention, le quasi-contrat, le délit et le quasi-délit[454]. La jurisprudence ne reconnait pas non plus l'engagement unilatéral parmi les sources d'obligation. L'article 1er du nouveau Code civil roumain à l'alinéa 1 ne retient comme source du droit que la loi, les usages et les principes généraux du droit.

Cependant, la doctrine a posé la question suivante : « *comment une volonté pouvant lier, ne peut-elle délier* »[455], car si la volonté de la partie peut l'engager, la volonté pourrait aussi les désengager.

En général, l'offre refusée par le destinataire n'est plus valable et devient caduque[456]. Mais, si l'obligation de maintien de la pollicitation résulte dans l'engagement unilatéral, le refus exprès de l'offre n'aurait aucun effet. Ainsi, le bénéficiaire de l'offre aurait la possibilité de revenir sur le refus qui est arrivé au pollicitant, en acceptant l'offre, dès lors que le délai fixé ne serait pas expiré.

---

[453] J. Antippas, *loc.cit.*, p. 30.

[454] L'art. 1370 C.civ.fr. : « *(1) Certains engagements se forment sans qu'il intervienne aucune convention, ni de la part de celui qui s'oblige, ni de la part de celui envers lequel il est obligé. (2) Les uns résultent de l'autorité seule de la loi ; les autres naissent d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé. (3) Les premiers sont les engagements formés involontairement, tels que ceux entre propriétaires voisins, ou ceux des tuteurs et des autres administrateurs qui ne peuvent refuser la fonction qui leur est déférée. (4) Les engagements qui naissent d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé, résultent ou des quasi-contrats, ou des délits ou quasi-délits ; ils font la matière du présent titre* ».

[455] G. Marty, P. Raynaud, *Droit civil. Les obligations. Les sources*, t. I, 2e éd., Dalloz, 1988, p. 368.

[456] L'art. 1195, al.1, lit.b du n.C.civ.ro. : « *L'offre devient caduque lorsque […] le destinataire l'a refusée* » ; F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, 11e éd., 2013, p. 144, n° 121.

L'admission de la thèse de l'engagement unilatéral fait également que l'offre est irrévocable même si elle n'a pas été encore reçue par le destinataire. Pourtant, les auteurs classiques[457] considèrent que le retrait de l'offre peut intervenir avant sa réception, ou même simultanément à celle-ci. La jurisprudence de même retient depuis longtemps la liberté des parties de révoquer l'offre tant qu'elle n'a pas été reçue ou acceptée par son destinataire[458]. Également, l'article 1115 du projet d'ordonnance de la Chancellerie de mars 2015 prévoit que l'offre « *peut être librement rétractée tant qu'elle n'est pas parvenue à la connaissance de son destinataire* ».

Le nouveau Code civil roumain est sous l'influence de la doctrine et de la jurisprudence françaises et à l'article 1193, alinéa 2ème, il prévoit que « *la révocation de l'offre n'empêche pas la conclusion du contrat sauf lorsqu'elle parvient au destinataire avant la réception de l'acceptation par l'offrant ou avant l'accomplissement de l'acte ou du fait qui, conformément aux dispositions du second alinéa de l'article 1186*[459]*, détermine la conclusion du contrat* ».

Les remarques qui viennent d'être présentées sur la qualification de l'engagement unilatéral peuvent également être retenues lorsque le délai de maintien de l'offre est prévu par le législateur ou fixé par la jurisprudence. Il s'agit d'un délai d'abord moral[460] et ensuite raisonnable[461] de maintenir l'offre qui n'est pas assortie d'un délai prévu par le pollicitant. « *Le délai raisonnable n'est pas un délai implicite attaché à la volonté non extériorisée du pollicitant mais un standard imposé par les juges du fond pour maintenir à ce stade du processus de formation un équilibre entre la liberté de l'un et la sécurité de l'autre* »[462].

---

[457] R. von Ihering, *Culpa in contrahendo. Œuvres choisies*, t. II, Librairie A. Marescq, 1893, p. 78 ; R.-J. Pothier, *Œuvres de Pothier*, t. III, Cosse et Del motte, Paris, 1847, p. 13 et s. ; C. Demolombe, *op.cit.*, p. 60 ; R. Saleilles, *op.cit.*, p. 143.

[458] Cass.civ., 3 février 1919, *DP* 1923.I.126 ; *JCP* 1984.II.20198, note F. Givord.

[459] L'art. 1186, al. 2ème du n.C.civ.ro. : « *[...] le contrat est réputé conclu au moment où le destinataire de l'offre accomplit un acte ou un fait pertinent, sans en informer l'offrant, dès lors qu'en raison de l'offre, des pratiques établies entre les parties, des usages ou selon la nature de l'affaire, l'acceptation peut se faire de cette façon* ».

[460] Cass. req., 18 févr. 1870, *DP* 1871.I.61 ; Cass. req., 27 juin 1894, *DP* 1894. I.432.

[461] Cass. 3e civ., 20 mai 2009, *Bull.civ.* III, n° 118 ; *RTD civ.* 2009. 524, obs. B. Fages ; Cass. 3e civ., *JCP* 2005.I.172, n° 1 à 5, obs. P. Grosser ; *D.* 2005. 2836, obs. S. Amrani-Mekki ; *CCC* 2005, n° 166, note L. Leveneur ; *RDC* 2006.311, obs. D. Mazeaud ; *RTD* civ. 2005. 772, obs. J. Mestre, B. Fages.

[462] Cass. 3e civ., 25 mai 2005, *D.* 2005.2836, obs. S. Amrani-Mekki.

Pour conclure, « *si l'obligation de maintien de l'offre naît indépendamment de toute réception, elle naît également indépendamment même de la volonté de son auteur* »[463]. C'est dans l'obligation préexistante de bonne foi précontractuelle qu'elle trouve sa source[464].

§2. La bonne foi précontractuelle, l'obligation préexistante

Il existe une faute du pollicitant s'il se rétracte avant l'expiration du délai prévu expressément dans l'offre ou du délai raisonnable. La faute pourrait être assimilée alors à « *l'inobservation des règles [...] de la bonne foi* »[465] de la maintenir dans ce délai. Ainsi, il y a « *manquement à la bonne foi précontractuelle impliquant l'obligation de contracter de bonne foi* »[466].

Les juges font dans leurs décisions [467] référence à cette obligation. Ainsi, la bonne foi donne aux juges lors de l'exécution du contrat la possibilité de créer des obligations à la charge des cocontractants[468]. *Mutanti mutandis* à la phase de la formation du contrat, la bonne foi doit instaurer une obligation à la charge de pollicitant de ne par retirer l'offre de mauvaise foi, donc sans aucun préavis alors que le délai n'a pas arrivé à son terme.

C'est l'obligation de loyauté qui tempère et canalise plus précisément la liberté précontractuelle[469]. Les nouveaux projets de réformes mentionnent expressément que toute la

---

[463] J. Antippas, *loc.cit.*, p. 34.

[464] M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, éd. F. Pichon, Paris, 1900, p. 266.

[465] B. Starck, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, éd. Rodstein, Paris, 1947, p. 6.

[466] J. Antippas, *loc.cit.*, p. 37.

[467] Cass. 1er civ., 13 mai 2003, *Bull.civ.* I, n° 114 ; *D.* 2004. 262, note E. Mazuyer ; Cass. 3e civ., 27 mars 1991, *Bull.civ.* III, n° 108 ; Cass. 1er civ., 10 mai 1989, *Bull.civ.* I, n° 187 ; *JCP* 1989.II.21363, note D. Legeais.

[468] Cass.com., 10 juillet 2007, *Bull.civ.* IV, n° 188 ; *D.* 2007. 2839, note P. Stoffel-Munck ; Cass. 1er civ., 16 février 1999, *Bull.civ.* I, n° 52 ; *D.* 2000. Somm. 360, obs. D. Mazeaud.

[469] P. Delebecque, D. Mazeaud, « Formation du contrat (art. 1104 à 1107) », in *Exposé des motifs de l'Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la préscription*, Garde des Sceaux, Minister de la Justice, 22 septembre 2005, p. 17.

phase précontractuelle se déroule sous l'exigence du principe de bonne foi[470]. Les sources de l'obligation étant la réception du comportement de l'offrant par le destinataire et les attentes qu'il a fait naître[471]. Également, comme nous l'avons précédemment écrit, le Code civil roumain et les projets européens la prévoient dans leur contenu.

Dans la même logique, c'est le cas de l'offrant qui a indiqué un délai d'acceptation trop court, ne correspondant pas à la nature du contrat envisagé. Un tel comportement est contraire au principe de bonne foi.

La jurisprudence a établi également que « *l'offre [...], alors même qu'elle ne porte indication d'aucun délai pour l'acceptation ou le refus, n'engage pas son auteur au-delà du temps nécessaire pour que celui à qui elle a été adressée examine la proposition et y réponde* »[472].

Mais, d'une manière générale, l'offre qui est assortie ou pas d'un délai de réflexion explicite peut être révoquée si nul destinataire n'en a encore pris connaissance sans porter atteinte à la bonne foi précontractuelle. L'offrant a aussi la liberté de modifier le délai de validité de l'offre tout en maintenant le contenu et c'est le dernier qui s'impose, le premier devenant caduc. L'offrant peut également révoquer le délai tout en maintenant l'offre et sans indiquer un nouveau délai. Celle-ci aura le même régime juridique qu'une pollicitation sans délai.

Il peut être retenu, à titre de conclusion, que la bonne foi précontractuelle prime la volonté des parties sur la liberté de révoquer l'offre[473]. Toutefois, la bonne foi doit donner la possibilité de révoquer la pollicitation même après sa réception si trois conditions sont remplies[474]. Tout d'abord, que la pollicitation n'ait pas été acceptée. Ensuite, que le retrait ait été porté à la connaissance du bénéficiaire. Enfin, que l'offre soit maintenue encore durant un

---

[470] Le projet Terré prévoit à l'art. 5 que « *les contrats **se forment** et s'exécutent de bonne foi [...]* » ; l'art. 1103 du projet d'ordonnace de la Chancellerie de mars 2015 dispose aussi que « *les contrats doivent être **formés** et exécutés de bonne foi* ».

[471] C. Aubert de Vincelles, « Le processus de conclusion du contrat », *in* F. Terré, *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, Paris, p. 126.

[472] Cass. 3e civ., 20 mai 1992, *Bull.civ.* III, n° 164, p. 100, *D.* 1992. Somme. 397, obs. J.-L. Aubert.

[473] Y.-M. Laithier, « Vers l'abandon du principe de libre révocabilité de l'offre ? », *RDC* octobre 2009, n° 4, p. 1325.

[474] J. Antippas, *loc.cit.*, p. 42.

délai raisonnable, supplémentaire au délai initial pour ne pas tromper les attentes légitimes qui découlent des indications initiales de l'offre.

Section 2. La micro-analyse de la bonne foi précontractuelle. Les obligations spécifiques

La bonne foi précontractuelle est une « *conception "positive" de la notion, par laquelle les comportements de bonne foi sont encouragés* »[475]. Ainsi, les parties doivent accomplir des actes positifs : s'informer (Sous-section 1) et coopérer entre eux (Sous-section 2).

Donc, la formation du contrat reflète le fait que les parties travaillent « *dans un but commun qui est la somme des buts individuels poursuivie [par les parties], absolument comme dans la société civile et commerciale* »[476].

Sous-section 1. L'information précontractuelle et ses « *degrés* »[477]

In genere, « *[...] le principe est qu'un contractant même non-professionnel doit informer son cocontractant même professionnel dès lors que sa compétence ne lui permet pas de connaître la chose vendue* »[478]. Pourtant, ce n'a pas été toujours le cas. En droit positif, l'obligation d'information est dorénavant bien établie (§1), et elle recouvre plusieurs formes (§2).

---

[475] S. Tisseyre, *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats. Essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen*, PUAM, Aix-en-Provence, 2012, p. 93, n° 91.

[476] A. A. Volansky, *Essai d'une définition expressive du droit basée sur l'idée de bonne foi*, thèse, Paris, 1929, p. 325.

[477] M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, thèse, LGDJ, Paris, 1992, p. 379 et s.

[478] P. Malaurie, L. Aynès, P. Stoffel-Munck, *Droit civil. Les obligations*, 6e éd., LGDJ, Paris, 2013, p. 386, n° 776.

§1. L'obligation d'information précontractuelle

Ainsi, au fil du temps, les historiens et les philosophes du droit[479] en analysant le cas du vendeur de blé à Rhodes[480] se ont posés la question de savoir « *jusqu'où la morale nous oblige-t-elle à aider autrui et, en matière de contrat, à informer son partenaire afin qu'il conclut un contrat conforme à ses intérêts ?* »[481]

Dans une société utopique composée de *bonus vir*, la règle est l'obligation pour chacun de s'informer[482]. Pourtant, le monde réel a créé des inégalités essentiellement économiques qui nuisent à l'équilibre du contrat et, par conséquent, l'égalité dans l'information. Ainsi, chaque système de droit contient des mesures pour garder l'égalité entre les parties dont l'obligation d'informer.

Tout d'abord, l'obligation d'information précontractuelle en droit français a été développée par la jurisprudence**.** Ainsi, la jurisprudence a obligé certains contractants à informer leur partenaire[483]. Ce devoir s'appuie en principe sur la notion de bonne foi.

L'obligation d'informer n'est pas restée uniquement un devoir dégagé de la jurisprudence, mais elle a été consacrée par le Code de la consommation français dans son premier chapitre[484]. À défaut de droit spécifique, le droit commun a développé la sanction du manquement à l'obligation générale d'information que ce à l'action en nullité pour erreur ou dol, ou encore à l'action en responsabilité civile[485].

L'obligation d'informer est souvent liée à la profession de la partie. Aussi, elle se rattache à la nature du contrat comme l'obligation d'informer les clients sur les précautions à

---

[479] J.-F. Romain, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 64 et s.

[480] Un marchand de blé d'Alexandrie est allé à Rhodes pour vendre sa marchandise. Il sait que d'autres commerçants du blé devraient arriver dans un jour ou deux. Il détient donc une information privilégiée.

[481] M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations. 1- Contrat et engagement unilatéral*, 3e éd., PUF, Paris, 2012, p. 372.

[482] F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, 11e éd., Dalloz, Paris, 2013, p. 284, n° 258.

[483] P. Malaurie, L. Aynès, P. Stoffel-Munck, *Droit civil. Les obligations*, 6e éd., LGDJ, Paris, 2013, p. 385 et s.

[484] Art. L. 111-1 C.de consom. : « *I. - Tout professionnel vendeur de biens doit, avant la conclusion du contrat, mettre le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du bien. […]. III. - En cas de litige portant sur l'application des I et II, il appartient au vendeur de prouver qu'il a exécuté ses obligations* ».

[485] P. Malinvaud, D. Fenouillet, *Droit des obligations*, 12e éd., LexisNexis, Paris, 2012, p. 174.

respecter dans la manipulation d'un appareil[486]. Également, l'obligation d'informer doit être exacte et non seulement utile[487].

En matière de violation de l'obligation d'informer précontractuelle, la sanction peut obscurcir « *la distinction entre la formation et l'exécution du contrat* »[488].

D'abord, c'est le cas de l'obligation d'information qui a une incidence sur le consentement d'un contractant, « *que ce consentement soit relatif au premier contrat conclu – auquel cas les auteurs parlent alors traditionnellement d'obligation "précontractuelle" d'information – ou encore à une toute autre décision même prise au cours de l'exécution de ce contrat, telle que celle de renouveler le contrat, de le proroger, de le modifier, ou encore d'exercer une option* »[489].

Dans les deux situations, l'obligation d'information est imposée aux parties pendant la phase de l'exécution du contrat initial même si elle est assimilable à l'obligation précontractuelle d'information *stricto sensu*[490]. Donc, les deux obligations devraient avoir un régime juridique identique car le dommage subi en cas d'inexécution est le même, l'émission du consentement contraire à l'intérêt.

Cependant, le critère proposé par la doctrine pour distinguer entre les deux obligations est fonctionnel et non chronologique[491]. Ainsi, l'obligation d'information précontractuelle vise la formation du consentement de la partie, à l'opposé des obligations d'information contractuelles qui résident dans leur objectif commun d'assurer au créancier une exécution satisfaisante du contrat.

Il faut préciser que « *toutes les obligations d'information ayant une incidence sur le consentement d'un contractant, et non pas seulement celles qui conduisent à un vice dans la formation d'un contrat, doivent être sanctionnées sur le fondement de la responsabilité*

---

[486] Cass. 1er civ., 19 janvier 1983, *Bull.civ.* I, n° 30 ; *JCP G* 1984.II.20175, note P. Jourdain.

[487] M. Fabre-Magnan, *Essai d'une théorie de l'obligation d'information dans les contrats*, thèse, LGDJ, Paris, 1992, p. 132, n° 169.

[488] Cass. 3e civ., 12 janvier 2005, *Bull.civ.* III, p. 7 ; *Defrénois*, 15 mai 2006, note B. Rolland, p. 726 et s.

[489] M. Fabre-Magnan, *op.cit.*, p. 271.

[490] *Ibidem*.

[491] *Ibid.*, p. 272.

précontractuelle et, en particulier, sur le fondement des vices du consentement du Code civil »[492].

Enfin, c'est la source de l'obligation d'informer qui permet de faire la différence entre l'obligation précontractuelle et contractuelle d'information.

Étant une obligation, elle peut avoir deux sources : la loi et le contrat[493]. Ainsi, si l'obligation est prévue par les parties dans le contrat, la source est donc le contrat et, par conséquent, la responsabilité sera contractuelle en cas d'inexécution[494]. Pour déterminer s'il y a une responsabilité il faut comparer sa réalisation avec le contrat conclu. S'il n'y a pas une concordance entre l'exécution et l'objet du contrat, il y aura une sanction contractuelle.

Des difficultés apparaissent lorsque l'obligation n'est pas stipulée par les parties dans le contrat. Deux situations se distinguent[495]. Premièrement, si l'obligation porte sur le consentement d'une des parties, son inexécution serait rattachée à la formation du contrat. Le manquement à l'obligation d'information sera considéré comme un vice de consentement[496]. Deuxièmement, si elle porte sur l'exécution du contrat mais qu'elle n'y est pas prévue, son inexécution sera sanctionnée sur le fondement extracontractuel[497].

La directive européenne relative aux droits des consommateurs[498] a imposé l'obligation précontractuelle d'information dans tous les contrats de vente et de prestation de service conclus entre un professionnel et un consommateur. L'obligation d'information a été incorporée ainsi aux obligations de bonne foi et loyauté et cette obligation se rattache aussi à l'exigence de collaboration et de coopération qui s'impose aux parties dans l'intérêt de tous[499].

---

[492] *Ibid*., p. 276.

[493] V.F. Chenede, *Les commutations en droit privé. Contribution à la théorie générale des obligations*, thèse, Economica, Paris, 2008, n° 425 et s.

[494] O. Penin, *La distinction de la formation et de l'exécution du contrat. Contribution à l'étude du contrat acte de prévision*, thèse, LGDJ, Paris, 2012, p. 287, n° 661.

[495] *Ibidem*, n° 662.

[496] On se retrouve dans le paradigme de la première situation présentée.

[497] F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *op.cit.*, p. 285, n° 258.

[498] Directive n° 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil(http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:304:0064:0088:fr:PDF).

[499] Y. Buffelan-Lanore, V. Larribau-Terneyre, *Droit civil. Les obligation*, 13ème éd., Sirey, Paris, 2012, p. 292.

D'ailleurs, la Cour de Justice de l'Union Européen a décidée que « *la communication, par un professionnel à un consommateur, d'une information erronée doit être qualifiée de "pratique commerciale trompeuse", au sens de la Directive n° 2005/29/CE du Parlement Européen et du Conseil*[500]*, alors même que cette communication n'a concerné qu'un seul consommateur* »[501].

Si le manque d'information a causé un vice du consentement, la responsabilité pour faute sera engagée sur le fondement de l'article 1382 du Code civil. La faute consiste précisément dans le silence gardé pour induire son partenaire en erreur et obtenir son consentement au contrat. L'inexécution de cette obligation précontractuelle peut être sanctionné sur les dispositions de l'article 1382 et accorder de dommages-intérêts sans invoquer la nullité du contrat[502].

L'obligation précontractuelle d'information est prévue pareillement dans l'avant-projet Catala[503], les projets de la Chancellerie[504] et le projet Terré[505]. Même si la formulation du texte

---

[500] Directive n° 2005/29/CE du Parlement Européen et du Conseil, du 11 mai 2005, relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la Directive n° 84/450/CEE du Conseil et les Directives n° 97/7/CE et n° 2002/65/CE du Parlement Européen et du Conseil et le règlement CE n° 2006/2004 du Parlement Européen et du Conseil.

[501] CJUE 1er ch., 11 avril 2015, n° C-388/13, *D.* 2015, p. 917.

[502] Cass. 1er civ., 28 mai 2008, *RTD civ.* 4/2008, 476, obs. B. Fages.

[503] L'art. 1110 du l'avant-projet Catala : « *(1) 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. (2) 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. (3) Il incombe à celui qui se prétend créancier d'une obligation de renseignement de prouver que l'autre partie connaissait ou aurait du connaître l'information en cause, à charge pour le détenteur de celle-ci de se libérer en prouvant qu'il avait satisfait à son obligation. (4) Seront considérées comme pertinentes les informations qui présentent un lien direct et nécessaire avec l'objet ou la cause du contrat* ».

[504] L'art. 50 du projet de la Chancellerie de mai 2008 : « *Celui des contractants qui connaît ou est en situation de connaître une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, ce dernier peut ignorer cette information ou faire confiance à son cocontractant. Sont déterminantes les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties. Le contractant qui se prévaut de l'inexécution d'une obligation d'information doit prouver que l'autre partie connaissait ou était en situation de connaître cette information, sauf pour celle-ci à prouver qu'elle les ignorait elle-même ou qu'elle a satisfait à son obligation. Tout manquement à cette obligation d'information*

les différencie, sur le fond les projets de réforme envisagent l'obligation de la partie qui connaît, aurait dû connaître ou est en situation de connaître une information déterminante sur le consentement de l'autre, de la porter à sa connaissance. Une information déterminante est celle qui présente « *un lien direct et nécessaire avec l'objet ou la cause du contrat* » dans la perspective de l'avant-projet Catala et « *avec le contenu du contrat* » pour les projets de la Chancellerie. Pourtant, elle n'oblige pas si le cocontractant a pu légitimement ignorer cette information.

Toutefois, l'obligation d'informer l'autre contractant pendant la phase de la formation du contrat « *doit être maintenue dans les limites raisonnables* »[506]. Ainsi, la contrebalance de la protection du bénéficiaire des informations est l'obligation de celui-ci de se renseigner de façon diligente et raisonnable.

Ensuite, l'obligation d'information précontractuelle en droit roumain n'est pas prévue expressément dans le nouveau Code civil, mais dans son *corpus* il y a des références à cette obligation.

---

engage la responsabilité civile délictuelle de celui qui en était tenu, sans préjudice, en cas de vice du consentement, de la nullité du contrat » ; le projet d'ordonnace de la Chancellerie de mars 2015 : « *Celui des contractants qui connaît ou devrait connaître une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, ce dernier ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant. Le manquement à ce devoir d'information engage la responsabilité extracontractuelle de celui qui en était tenu. Lorsque ce manquement provoque un vice du consentement, le contrat peut être annulé* ».

[505] L'art. 33 du projet Terré : « *(1) La partie qui connaît ou devrait connaître une information dont elle sait le caractère déterminant pour l'autre partie doit la renseigner, lorsque l'ignorance de celle-ci est légitime. (2) L'ignorance d'une partie est légitime lorsqu'elle est dans l'impossibilité de s'informer ou lorsqu'elle fait raisonnablement confiance à son cocontractant, du fait notamment de la nature du contrat ou de la qualité des parties. (3) Il incombe à celui qui prétend qu'une information lui était due de prouver que l'autre partie la lui devait, à charge pour cette autre partie de prouver qu'elle l'a fournie* ».

[506] P. Van Ommeslaghe, « Rapport général », *in* Travaux de l'Association Henri Capitant, *La bonne foi*, t. XLIII, Litec, Paris, 1992, p. 36.

En ce sens c'est d'abord l'article 1214 du Code civil relatif au dol comme vice du consentement. Ainsi, une partie a l'obligation d'informer l'autre sur les circonstances qui devraient lui être dévoilées[507].

Ensuite, l'obligation d'information se retrouve dans le texte qui règlemente le contrat d'intermédiaire. L'article 2100 du nouveau Code civil roumain dispose ainsi que « *l'intermédiaire est tenu de communiquer au tiers toutes les informations relatives aux avantages et à l'opportunité de conclure le contrat faisant l'objet de l'entremise, à condition de ne pas porter préjudice, par sa faute même non intentionnelle, aux intérêts du client* ».

Enfin, il existe l'obligation d'informer dans le contrat d'assurance. L'article 2238 du Code civil roumain prévoit que « *les assureurs et leurs mandataires sont tenus de mettre à la disposition des assurés ou des souscripteurs des informations relatives aux contrats d'assurance, avant la conclusion des contrats et durant leur exécution […]* ».

De ces règles il résulte que les parties sont tenues de communiquer toutes les informations qui sont nécessaires à la formation du consentement. Le caractère d'information complet ou incomplet s'apprécie en fonction de la clarté, l'exactitude et de l'actualité.

Le contenu du Code de consommation est un autre exemple qui met en évidence les caractères de l'obligation d'information précontractuelle. Le cadre légal concernant l'obligation d'information se trouve aux articles 38 à 63 de la Loi nr. 296/2004 sur le Code de la consommation.

L'exercice du droit d'être informé et l'exécution de l'obligation d'information doit rendre la possibilité de faire le choix opportun, en conformité avec l'intérêt du consommateur. Ainsi, l'article 45 du Code de la consommation résume les conditions du devoir d'information : « *les consommateurs ont le droit d'être informés, en mode complet, correct et précis* ».

Premièrement, l'obligation de donner une information complète pour que le consommateur ait pleine connaissance de tous les éléments essentiels du futur contrat n'est pas uniquement prévue par le Code de la consommation. L'ordonnance d'urgence du gouvernement de 2010 concernant le contrat de prêt à la consommation[508] oblige l'unité

---

[507] L'art. 1214, al. 1er du n.C.civ.ro. : « *Le consentement est vicié par dol lorsque l'erreur est provoquée par les manœuvres frauduleuses de l'autre partie ou lorsque cette dernière a omis, de façon frauduleuse, d'informer son cocontractant à propos de certaines circonstances qu'elle devait lui communiquer* ».

[508] O.U.G. nr. 50/2010 publié dans le M.O. nr. 389/2010 et modifié par la L. 288/2011 publié dans le M.O. nr. 888/2011.

bancaire dans la phase de négociations à transmettre les informations standards même dans la publicité du crédit. Ainsi, l'article 11, alinéa 1 prévoit que le créditeur ou l'intermédiaire du crédit a le devoir de transmettre aux consommateurs les informations nécessaires pour avoir la possibilité de faire une comparaison avec d'autres offres en vue de prendre la meilleure décision.

L'article 6 de l'Ordonnance d'urgence du gouvernement de 2004 relatif au contrat de distribution des services financiers dispose également que lors des pourparlers le fournisseur de services doit communiquer la totalité des éléments du contrat proposé.

Deuxièmement, l'information doit être correcte et précise. Ainsi, l'article 47 du Code de la consommation énonce que « *l'information des consommateurs sur les produits et services offerts se fait obligatoirement par les éléments d'identification et leurs caractérisations, clairement visibles, lisibles et facilement compréhensibles* ».

Le critère de référence pour une meilleur information doit être celui d'un consommateur moyen avisé et moyennement diligent[509]. Par exemple, la loi sur la commercialisation des services touristiques affirme l'obligation de fournir « *des indications correctes et claires qui permettent des interprétations sans équivoque* »[510].

En droit roumain l'obligation d'information dans la phase précontractuelle est qualifiée d'obligation de résultat car une partie a le devoir de s'assurer que la transmission de celle-ci a été faite et que l'autre partie a compris la signification de l'information.

Enfin, au niveau européen, l'obligation d'information précontractuelle est prévue dans les projets d'harmonisation. Ainsi, les Principes de l'acquis communautaire (ACQP) contiennent une série d'obligations d'information spécifique pour la phase précontractuelle issue des directives européennes concernant la protection du consommateur.

D'abord, l'article 2 : 201 de l'ACQP[511] reflète les règles sur la conformité des marchandises de la Directive 99/44/CE[512] et il consacre une obligation d'information sur les

---

[509] E. Mihai, « Principiile care guverneaza obligatia de informare in dreptul consumului » (« *Les principes qui gouvenrernent l'obligation d'information dans le droit de la consommation* »), *Analele Universitatii de Vest din Tomisoara* nr. 1/2011, p. 89.

[510] L'art. 6 de l'Ordonnance nr. 107/1999 republié dans le M.O. nr. 448/2008.

[511] L'art. 2 : 201 du ACQP : « *Obligation d'informer sur les biens et services: Avant la conclusion d'un contrat, une partie a le devoir de donner à l'autre partie les informations concernant les biens ou les services qui doivent*

biens et les services proposés avant la conclusion du contrat. L'objet des informations doit porter sur ce que la partie peut raisonnablement attendre, en tenant compte du standard de qualité et d'exécution normale. Donc, lorsqu'une partie détient des informations concernant la qualité ou l'exécution des biens ou des services qui sont en-dessous du standard considéré comme normal à la lumière des circonstances, il a l'obligation d'informer son partenaire de négociation.

Ensuite, l'ACQP par l'article 2 : 202 traite des différentes modalités d'informations fournies dans le cadre du marketing par les entreprises. Ainsi, « *(1) en complément de l'article 2 : 201*[513]*, lorsque le professionnel vend des biens ou fournit des services à un consommateur, le professionnel doit, au regard de toutes les circonstances et des limites du moyen de communication employé, transmettre toute information pertinente pour un consommateur moyen placé dans ladite situation, lui permettant de prendre une décision éclairée quant à la conclusion du contrat. (2) Lorsque le professionnel procède à une communication commerciale qui amène le consommateur à acheter des biens ou à commander des services, les informations suivantes doivent être fournies au consommateur si elles ne ressortent pas déjà du contexte de la communication commerciale : les caractéristiques principales des biens et des services, l'adresse et l'identité du professionnel, le prix incluant les frais de livraison, les taxes et autres frais, et le droit de rétractation s'il existe ; les particularités concernant le paiement, la livraison, l'exécution et le traitement des réclamations, si elles diffèrent des standards de la diligence professionnelle* » (l'article 2 : 202 de l'ACQP). Outre les informations mentionnées au premier alinéa, à l'alinéa deuxième le professionnel doit informer le consommateur sur les clauses du contrat, sur les droits et les obligations des deux parties contractuelles et sur les éventuelles procédures de recours à disposition du consommateur.

Et finalement, la clarté et la forme de l'information à fournir sont règlementées à l'article 2 : 206. Ainsi, l'alinéa 1 dispose que l'information fournie doit être claire, précise et

---

être fournis que l'autre partie peut raisonnablement s'attendre, en tenant compte des normes de qualité et la performance qui serait normal dans les circonstances ».

[512] Directive n° 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil, du 25 mai 1999, sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, J.O. n° L 171 du 07/07/1999 p. 0012 – 0016.

[513] L'art. 2 : 201 du ACQP : « *dans les relations précontractuelles, le professionnel doit agir avec la compétence et la diligence qui peuvent être raisonnablement attendues, notamment au regard des attentes légitimes des consommateurs* ».

exprimée dans un langage simple et intelligible. L'alinéa 2ème règlemente la situation des contrats à distance. Dans cette hypothèse, au moment de la conclusion du contrat les informations sur les caractéristiques principales des biens et des services, le prix y compris les frais de livraison, taxes et autres charges, l'adresse et l'identité de l'entreprise, les clauses contractuelles et les droits et les obligations des parties ainsi que sur les recours possibles doivent être confirmées par écrit. Cependant, la forme écrite peut être remplacée par une autre forme textuelle sur support durable si rien n'est précisé ailleurs (l'alinéa 3ème de l'article 2 : 206). L'alinéa 4ème du même article précise que « *l'inobservation d'une forme particulière a les mêmes conséquences que l'absence de fourniture des informations dues* ».

L'avant-projet du Cadre Commun de Référence (DCFR) reprend la section 2 de l'ACQP sur les devoirs d'informations précontractuelles en comprenant les mêmes articles dans le même ordre.

Toutefois, dans le DCFR, l'obligation d'information au sujet du droit de rétractation figure à la disposition sur l'obligation d'information lors de la conclusion du contrat avec un consommateur en situation particulièrement désavantageuse (l'article 2 : 203, alinéa 4 de l'ACQP ; l'article II.-3 : 103 DCFR) ainsi que dans les règles concernant la clarté et la forme de l'information (l'article 2 : 203, alinéa 2 de l'ACQP ; l'article II.-3 : 106 DCFR). Ainsi, l'article 2 : 201 de l'ACQP relatif au devoir d'information quant aux biens et services a reçu l'ajout d'un deuxième alinéa dans l'article II. 3 : 101 du DCFR. Celui-ci prévoit que le critère de l'évaluation de l'information auquel l'autre partie à la négociation peut s'attendre trouve sa source dans les bonnes pratiques commerciales.

Les Principes de droit européen (PEL) à l'article 2 : 207 affirment que « *la perte causée à une personne par la prise d'une décision résultant de la confiance raisonnable suscitée par un conseil ou une information incorrecte est un dommage légalement pertinent si : (a) le conseil ou l'information est fournie par une personne poursuivant une profession ou dans le cadre du négoce ; et (b) la personne à l'origine du conseil ou de l'information savait ou devait savoir que son interlocuteur ferait confiance au conseil ou à l'information donnée pour prendre une décision de même sorte que celle qui a été prise* ».

Ainsi, l'article de PEL énonce la responsabilité précontractuelle pour la violation des obligations d'information lors de la phase précontractuelle. Cependant, le texte de l'article 2 : 207 ne vise pas les simples relations mais l'information fausse donnée dans un cadre commercial par un professionnel qui savait ou était en mesure de savoir que son partenaire lui fait confiance et, par conséquent, il devait agir avec loyauté.

L'avant-projet de Code européen des contrats (le projet Gandolfi) prévoit le devoir d'information de l'article 7[514] sans se démarquer des autres projets. Ainsi, il oblige les parties à informer autrui sur les circonstances de fait et de droit dont elles ont connaissance ou dont elles doivent avoir connaissance et qui donne la possibilité au bénéficiaire de l'obligation d'avoir un consentement non-altéré.

L'étude de la doctrine et de la jurisprudence montre une utilisation arbitraire des termes[515]. Ainsi, selon les auteurs il s'agit tantôt d'une obligation de renseignement tantôt d'une obligation d'information. Les juges font également allusion à l'obligation d'avertir, d'attirer l'attention, de détromper.

Cependant, une partie de la doctrine fait une distinction entre les obligations de renseignement, de mise en garde et de conseil, en les considérant comme autant de différents degrés de l'obligation d'information. Ce n'est pas une classification *summa divisio*[516] mais qui les présente dans une interaction car « *il y a entre ces différents concepts de nombreux degrés intermédiaires si bien que l'on passe parfois insensiblement de l'information à la mise en garde ou de la mise en garde au conseil* »[517].

§2. Les formes de l'obligation d'information

Tout d'abord, *l'obligation de renseignement* est le « *devoir implicite découvert par la jurisprudence […] en vertu duquel la partie supposée la plus compétente ou la mieux informée*

---

[514] L'art. 7 du projet Gandolfi : « *(1) Au cours des tractations, chacune des parties a le devoir d'informer l'autre sur chaque circonstance de fait et de droit dont elle a 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. (2) En cas d'omission d'information ou de déclaration fausse ou réticente, si le contrat n'a pas été conclu ou s'il est frappé de nullité, celle des parties qui a agi à l'encontre de la bonne foi est tenue pour responsable devant l'autre dans la mesure prévue à l'alinéa 4 de l'art. 6. Si le contrat a été conclu, elle est tenue de restituer la somme ou à verser l'indemnité que le juge estime conformes à l'équité, sauf le droit de l'autre partie d'attaquer le contrat pour erreur* ».

[515] M. Fabre-Magnan, *op.cit.*, p. 7, n° 8.

[516] Une classification qui les distingue sur leur nature, c'est-à-dire sur l'incidence sur le consentement ou sur l'exécution.

[517] M. Fabre-Magnan, *op.cit.*, p. 9, n° 12.

est tenue de communiquer à l'autre les informations qu'elle détient relativement à l'objet du contrat »[518].

L'évolution de l'obligation de renseignement a commencé très discrètement à travers la sanction des vices du consentement[519]. Ainsi, l'élargissement du dol depuis les années 1970 par l'admission d'un dol par réticence (l'omission volontaire par une personne d'un fait qu'elle a obligation de révéler) a induit une obligation de renseigner loyalement son cocontractant. Aussi, l'erreur sur la substance est l'effet d'un manquement sans intention à une obligation de renseignement.

Toutefois, l'obligation de renseignement ne se révèle pas seulement à travers les vices de consentement. Elle peut être retrouvée dans la garantie d'éviction ou la garantie de vices cachés qui s'impose dans certains contrats comme le bail, la vente ou l'entreprise.

Premièrement, s'agissant de la garantie d'éviction, elle constitue l'application de l'obligation de renseignement, le devoir du vendeur de révéler les charges et les servitudes (articles 1638 et 1626 du Code civil) ainsi que l'obligation du bailleur de garantir son preneur contre les risques d'éviction du fait des tiers pour trouble de droit (articles 1725 à 1727 du Code civil).

Deuxièmement, une partie de la doctrine considère que la garantie contre les vices cachés est une autre manifestation de l'obligation de renseigner l'autre partie.

L'évolution de l'obligation de renseignement confère à celle-ci un caractère autonome par rapport à l'obligation d'informer[520]. C'est l'effet de devoir général de loyauté dans les relations précontractuelles qui oblige à communiquer toutes les informations dont les parties disposent et qui ont pour but d'éclairer le consentement.

Les projets de réforme prévoient expressément cette obligation positive de renseignement. L'avant-projet Catala dispose à l'article 1110, alinéa 1er le devoir de la partie qui connaît ou aurait dû connaître une information déterminante pour le consentement de l'autre partie de la renseigner. Le bénéfice de l'obligation est pourtant limité aux parties qui ont été dans l'impossibilité de se renseigner ou à celles qui ont légitimement pu faire confiance

---

[518] G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 10e éd., PUF, Paris, 2014, p. 894.

[519] P. Jourdain, « Rapport français », *in* Travaux de l'Association Henri Capitant, *La bonne foi*, t. XLIII, Litec, Paris, 1992, p. 123.

[520] *Ibidem*, p. 124.

à l'autre partie en raison de la nature du contrat ou de la qualité des personnes (l'article 1110, alinéa 2).

S'agissant de la sanction, l'article 1110-1 du l'avant-projet dispose que « *le manquement à une obligation de renseignement, sans intention de tromper, engage la responsabilité de celui qui en était tenu* ».

L'article 33 du projet Terré et l'article 50 du projet de la Chancellerie sont dans le même sens que l'Avant-projet de réforme du droit des obligations de l'Association Capitant. Ils prévoient une obligation de renseignement dans la phase de la formation du contrat qui est sanctionnée par une responsabilité délictuelle en cas de manquement.

D'une façon générale, « *l'obligation de renseignement, traditionnellement confondue avec l'obligation d'information, est celle qui impose à un cocontractant d'indiquer à son partenaire les risques et les avantages de la relation contractuelle dans laquelle ce dernier envisage de s'engager, et ce afin d'éclairer son consentement* »[521].

Un deuxième degré de l'obligation d'information est ensuite *l'obligation de conseil*. En pratique c'est délicat de faire la différence entre l'obligation de renseignement et celle de conseil.

L'opposition entre les deux obligations est faite par le rôle qu'elles ont dans la conclusion du contrat. Ainsi, l'obligation de conseil implique « *un investissement personnel du débiteur de l'obligation puisqu'il lui est quasiment demandé de se mettre à la place du cocontractant afin d'estimer ses besoins en matière d'information* »[522]. Donc, la partie doit aller plus loin dans l'information de son cocontractant qu'elle ne l'aurait fait dans le cadre d'une obligation de renseignement[523].

L'obligation de conseil se différencie alors de l'obligation de renseignement « *uniquement par le contenu, le degré de l'information transmise* »[524]. Le renseignement est « *brut* »[525] et il est mis en relation avec l'objet du bénéficiaire, c'est-à-dire l'opportunité de conclure le contrat.

---

[521] S. Darmaisin, *Le contrat moral*, thèse, LGDJ, Paris, 2000, p. 152, n° 226.

[522] *Ibidem.*

[523] Cass. 1er civ., 5 décembre 1995, *JCP G* 1996.IV.263.

[524] M. Fabre-Magnan, *op.cit.*, p. 385, n° 471.

[525] *Ibidem*.

Pourtant, la frontière entre les deux obligations n'est pas toujours claire et la distinction dépend des circonstances précises de l'espèce plus que de la nature même de l'information. Si une information est donnée par exemple brute alors que le débiteur ne connaît pas l'intention du créditeur de l'obligation, c'est un renseignement. En revanche, si le débiteur connaît la volonté de l'autre partie, donc le mobile pour lequel le créditeur de l'obligation d'information veut conclure le contrat, c'est un conseil et pas un renseignement.

Ainsi, le renseignement se confond d'abord avec le conseil si le débiteur de l'obligation est au courant de l'objectif de son créancier. C'est l'hypothèse d'un objectif évident ou lorsque le débiteur fournit un renseignement.

Ensuite, l'obligation de renseignement peut se transformer dans une obligation de conseil lorsque le débiteur ne peut légitimement faire abstraction de l'objectif poursuivi par le créancier.

En général, dans les relations professionnelles - non-professionnelles il y a une obligation de conseil plutôt que de renseignement car il est supposé que le professionnel connaît ou devrait connaître les intérêts d'un profane.

Finalement, la doctrine a conclu que même s'il est nécessaire de faire une différence entre les deux obligations, « *ces deux informations n'étaient pas d'une nature profondément différente* »[526].

Le dernier degré de l'obligation d'informer est *la mise en garde.* Elle « *consiste à attirer l'attention du cocontractant sur un aspect négatif du contrat, ou de la chose objet du contrat* »[527].

À l'opposé de l'obligation de renseignement, la mise en garde consiste à attirer l'attention sur le risque d'un comportement et plus concrètement sur l'adéquation de la décision de conclure le contrat aux intérêts du créancier.

La mise en garde doit préciser et détailler les risques encourus si son bénéficiaire ne la respecte pas. Le créancier doit avoir ainsi la possibilité de suivre la mise en garde et de savoir les conséquences de la méconnaissance des conseils donnés.

En effet, la particularité de la mise en garde par rapport à l'obligation de renseignement est la modalité d'exécution de l'obligation de transmettre l'information d'éviter un risque.

---

[526] *Ibid.*, p. 389, n° 476.

[527] *Ibid.*, p. 381, n° 467.

Concernant l'obligation de mise en garde et celle de conseil il n'y a pas une grande différence, toutes deux impliquent une liberté d'appréciation de leur destinataire qui peut ou non suivre les conseils. Il est même possible d'affirmer « *que toute mise en garde est un conseil, mais un conseil négatif : un conseil de ne pas faire, accompagné de l'explication des dangers ou simplement des inconvénients encourus si ce conseil n'est pas suivi* »[528].

Dans différents cas, la jurisprudence a retenu que la mise en garde sur les dangers du produit est insuffisante si elle ne contient pas des conseils à suivre pour éviter les risques[529]. Mais d'une manière générale, l'obligation de conseil a des effets plus pesants pour le débiteur que l'obligation de mise en garde car elle comporte des recommandations plus précises et plus détaillées[530].

Pour conclure, il peut être retenu que la distinction entre les degrés de l'obligation d'information est possible théoriquement et souhaitable pratiquement[531]. Ainsi, il y a une distinction entre fournir un renseignement brut (l'obligation de renseignement), attirer l'attention sur les risques ou au moins les inconvénients à ne pas adopter un certain comportement (l'obligation de mettre en garde) et mettre en relation un renseignement avec l'objectif poursuivi par le créancier pour faire apparaître l'opportunité d'un certain comportement (l'obligation de conseil).

L'obligation d'information n'est pas l'unique matérialisation de la bonne foi lors de la formation du contrat. Le devoir de coopération s'impose aux parties également dans la phase précontractuelle.

Sous-section 2. La coopération précontractuelle

---

[528] *Ibid*., p. 390, n° 477.

[529] Cass. 1er civ., 13 mai 1986, *Bull.civ.* I, n° 128, p. 128.

[530] Cass. 1er civ., 16 juillet 1987, *Bull.civ.* I, n° 223, p. 164.

[531] M. Fabre-Magnan, *op.cit.*, p. 391, n° 480.

Au nom du principe de bonne foi, les négociateurs sont tenus de réaliser des actes positifs[532] en collaborant. Concrètement, ils doivent faire des propositions et contre-propositions sérieuses[533] et constructives[534].

Avant la conclusion du contrat, les parties ont des intérêts plus ou moins différents. C'est ainsi que le contrat avait fini par faire croire qu'il est fondamentalement conflictuel, « *qu'il réalise la rencontre de deux égoïsme rivaux* »[535], tout cela au détriment de la coopération[536].

Toutefois, le contrat n'est que le moyen d'atteindre le but de chaque partie et le contrat est la protection juridique et économique d'enlever la suspicion sur le respect de la parole donnée et le garant de l'harmonie des volontés. « *Les effets pervers de la différence entre les intérêts des parties, et leur nécessaire rencontre décidée par les parties, sont donc considérés comme ce qui enclenche le besoin d'élaborer les normes d'harmonisation de ces intérêts et de collaboration entre les parties* »[537]. Ainsi, il y a une succession et même une substitution entre le conflit d'intérêts du début et la coopération qui ramène à la formation du contrat.

La coopération est une règle de comportement, de « *participer à une œuvre commune* », en s'obligeant à prendre ses intérêts en compte, à les respecter et à agir en vue de leur développement[538], au service d'un intérêt contractuel commun[539].

Il faut préalablement préciser que le principe de coopération s'applique en général dans la phase de l'exécution du contrat. Pourtant, une partie de la doctrine l'étend également à la phase de la formation du contrat.

Dans la phase précontractuelle, la coopération, en tant que norme de comportement, permet d'organiser les variables de la volonté. Ainsi, elle donne la possibilité *a posteriori* de la

---

[532] J. Mestre, « D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration », *RTD civ.* 1986, p. 100 ; C. Riot, « *Les obligation de la négociation* », *RRJ* 2006, p. 67 et s.

[533] Cass. 1er civ., 8 octobre 1963, *Bull.civ.* I, n° 419 ; Cass.com., 7 mars 1972, *Bull.civ.* IV, n° 83.

[534] Cass. 3e civ., 16 avril 1973, *Bull.civ.* III, n° 287.

[535] F. Diesse, « Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat », *APD* 43/1999, p. 260.

[536] J. Mestre, *loc.cit.*, p. 101.

[537] F. Diesse, *loc.cit.*, p. 101

[538] B. Mercadal, « Les caractéristiques juridiques des contrats internationaux de coopération industrielle », *DPCI* 1984, t. XX, p. 319.

[539] J. Mestre, *loc.cit.*, p. 101.

conclusion aux juges et aux parties de considérer tous les éléments susceptibles d'affecter l'exécution du contrat d'une manière équitable, en tenant compte du contexte contractuel et du but de l'opération[540].

Après avoir relevé les éléments constitutifs de la coopération précontractuelle (§1), il apparaîtra que celle-ci se traduira par une attitude interne et un comportement bienveillant (§2).

§1. Les éléments constitutifs de la coopération précontractuelle

Le devoir de coopération est caractérisé par certains éléments constitutifs. Premièrement, *la solidarité* correspond à un devoir moral d'assistance mutuelle ou un devoir de participation à l'œuvre commune. Ainsi, en tant que « *dépendance mutuelle, la solidarité suppose, ou assure, la prise en charge, par l'un, de tout ou partie des intérêts de l'autre, et par l'autre de tout ou partie des intérêts de l'un* »[541].

Dans le cadre de la solidarité installée entre les parties par la coopération, il doit être tenu compte de la situation réelle dans laquelle se déroulent les rapports entre celles-ci pour que chaque négociateur participe à la satisfaction des besoins de l'autre, répondre à son attente légitime, si nécessaire en adoptant une attitude conciliante et bienveillante. Le droit positif a rendu cette solidarité automatique dans les rapports entre un professionnel et un profane.

Deuxièmement, *l'ajustement des intérêts des parties* est un autre élément composant l'obligation de coopération. Il se caractérise par la tendance à favoriser la rencontre harmonieuse de la volonté des parties, par addition et non par soustraction, du fait de la complémentarité qui existe entre les parties[542].

La réalité de la formation du contrat ne se réduit pas qu'à l'échange du consentement. Elle suppose une rencontre d'espoir et de confiance réciproques entre les cocontractants dans

---

[540] V. Amar, P.R. Kimbrough, « Esprit de géométrie, esprit de finesse ou l'acceptation du mot « *raisonnable* » dans les contrats de droit privé américain », *DPCI* 1983, t. XIX, p. 54.

[541] T. Revet, « L'éthique des contrats en droit interne », *in L'éthique des affaires : de l'éthique de l'entrepreneur au droit des affaires* », *in Actes de colloque organisé les 4 et 5 juillet 1996*, PUAM, Aix-en-Provebce, 1997, p. 218.

[542] F. Diesse, *loc.cit.*, p. 274.

la mesure où chaque partie attend d'obtenir de l'autre par la conclusion du contrat la satisfaction de ses intérêts. Autrement dit, les parties concluent si elles arrivent à ajuster leurs besoins, le contrat étant que l'instrument d'harmonisation les intérêts opposés, différents ou convergents.

En conclusion, « *la satisfaction des besoins constitue ainsi l'objectif commun vers lequel converge l'intention commune des parties et qui finalement permet la rencontre de leurs volontés. La formation du contrat se fait alors parce que chacune des parties trouve en l'autre un moyen d'atteindre son objectif propre* »[543].

Le troisième élément de la coopération est *la réciprocité*. Elle se caractérise par des normes de moralisation et de correction du comportement des parties contractantes. Par exemple, la jurisprudence exige d'un côté un effort de solidarité et une réciprocité dans la formation dans le sens d'une obligation de coopération qui implique pour le fournisseur le devoir d'aider le client à définir ses besoins, de les lui traduire en langage clair[544] et, de l'autre côté, le client a l'obligation de poursuivre la collaboration entreprise, de maintenir le dialogue à tout moment nécessaire[545].

§2. L'attitude interne et le comportement bienveillant

L'appréciation de la sanction de l'obligation de coopération est structurée autour de deux éléments : un élément subjectif et un élément objectif.

D'abord, l'élément subjectif ou l'attitude psychologique du débiteur est définie comme la volonté intérieure d'agir dans un certain sens[546]. La jurisprudence perçoit l'intention comme le mobile ou la raison qui a poussé une partie à commettre un acte déloyal à l'égard de l'autre partie. En effet, l'intention de nuire constitue l'élément aggravant de la responsabilité de son

---

[543] *Ibidem*, p. 277.

[544] C.A. Paris, 18 juin 1984, *RTD civ.* n° 2, p. 100, obs. J. Mestre.

[545] Cass. 1er civ., 9 décembre 1975, *JCP* 1977.II.28588, note Malinvaud ; C.A. Paris, 26 juin 1985, *RTD civ.* n° 2, p. 100, obs. J. Mestre.

[546] F. Diesse, *loc.cit.*, p. 279.

auteur[547]. La doctrine souligne également l'intention de nuire lorsqu'il s'agit de réprimer tout acte dolosif, déloyal ou frauduleux[548].

Il y a intention de nuire, constitutive du défaut de coopération, dès lors qu'il existe une fraude[549], l'abus de droit[550] et surtout la mauvaise foi. Ainsi, techniquement, l'intérêt de cet élément intentionnel se déduit de la démarche psychologique observée dans plusieurs décisions au cours de la formation du contrat et son attitude manifestée lors de la prise de ces décisions. En effet, la recherche de l'élément constitutif de la coopération a pour fondement l'état intérieur de la partie que le juge apprécie en fonction de chaque situation.

Le deuxième élément composant la sanction est l'acte positif. C'est-à-dire que chaque partie à la négociation doit adopter un comportement de nature à soutenir sa sincère volonté de conclure le contrat. Ainsi, elle doit veiller aux intérêts de son partenaire à la négociation, s'abstenir au besoin d'y porter atteinte en évitant par exemple toute rupture brutale des pourparlers ou tout abus dans l'exercice de ses libertés précontractuelles.

De la tendance jurisprudentielle il résulte que le comportement bienveillant implique une obligation négative de ne pas nuire à son partenaire et aussi une obligation positive de l'aider ou d'agir dans un sens favorable aux intérêts de ce dernier.

Dans un premier temps, « *l'obligation de ne pas nuire se traduit dans les rapports contractuels par l'exigence de la sincérité dans la formation du contrat. Elle implique de façon générale le devoir pour chaque partie de s'abstenir de tout dol, de tout acte ou attitude attentatoire aux intérêts de l'autre* »[551].

Par rapport à l'obligation de loyauté, de sincérité ou d'honnêteté, le devoir d'avoir un comportement bienveillant suppose l'obligation de tenir compte de l'intérêt de l'autre partie

---

[547] Cass.com., 28 mai 1991, *Bull.civ.* IV, n° 193, p. 137.

[548] « *Il n'est pas indispensable que le dol revête un caractère positif ; il peut être constitué par de s réticences frauduleuse, des dissimulations coupables. Encore que négatif, il est susceptible de vicier le consentement, mais seulement s'il présente un caractère répréhensible, s'il est contraire à la morale juridique* », L. Josserand, *Théorie générale des obligations. Les principaux contrats du droit civil*, t. II, 3e éd., Recueil Sirey, Paris, 1939, p. 55.

[549] Cass.com., 27 juin 1989, *D.* 1990.314, note J. Bonnard ; *Bull. Joly* 1989.815, note P. Le Cannu ; Cass.com., 21 janvier 1997, *Droit Sociétés* 1997.55, obs. T. Bonneau ; *RTD civ.* 1997.652, obs. J. Mestre.

[550] C. Lassales, « Les critères de l'abus dans la rupture des relations contractuelles », *Dr. et Patrimoine*, 1997, p. 61 et s.

[551] F. Diesse, *loc.cit.*, p. 283.

dans la formation du contrat. La doctrine a même souligné que cette obligation suppose l'obligation « *d'avoir un comportent loyal qui regrouperait […] l'absence de mauvaise volonté, l'absence d'intention malveillante et l'obligation d'agir avec loyauté dans le respect du droit et de la fidélité aux engagements* »[552].

Dans un deuxième temps, l'attitude positive est un comportement extérieur, qui se tourne vers la situation de l'autre partie. Ainsi, dans un arrêt de 1975, la Cour d'appel de Paris a retenu qu'en plus des dispositions légales, la bonne foi, et par extension le devoir de coopération ajoute un devoir d'honnêteté élémentaire de renseigner le cocontractant sur tous les événements susceptibles de l'intéresser[553].

En somme, sur l'aspect subjectif, l'obligation de coopération donne l'opportunité d'apprécier l'intention d'une partie de se comporter avec ou sans la volonté de nuire à autrui. Dans une perspective objective, l'obligation de coopération permet de sanctionner tout comportement fautif par rapport à la conclusion du contrat indépendamment de toute intention de nuire.

D'une manière générale, en reformulant l'affirmation du professeur Stark[554], il peut être considéré que l'obligation de coopération crée à la charge du créancier, l'obligation de faciliter la formation et la conclusion du contrat dans les limites dictées par l'usage et la bonne foi.

Toutefois, le devoir de collaboration a un domaine d'application relativement circonscrit, lors des négociations car la bonne foi se concrétise principalement par le devoir de loyauté et non par celui de coopération[555]. L'obligation est également écartée dans les projets européens.

En conclusion, « *l'obligation de se comporter de bonne foi vient tout de même tempérer les excès auxquels pourrait conduire la liberté dans la conduite de la*

---

[552] M. Fabre, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, thèse, LGDJ, Paris, 1992, p. 42, n° 51.

[553] C.A. Paris, 21 novembre 1975, *D.* 1976 somme 50.

[554] « *Le devoir de coopération créé l'obligation de faciliter l'exécution du contrat dans les limites dictées par les usages et la bonne* foi », B. Starck, H. Roland, L. Boyer, *Droit civil. Obligations. 2- Contrat*, 6e éd., t. II, Litec, Paris, 1988, p. 481, n° 1387.

[555] S. Tisseyre, *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats. Essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen*, thèse, PUAM, 2012, p. 96.

négociations »[556]. D'une parte, elle exige des parties d'avoir un comportement loyal pendant le déroulement des négociations ainsi que lors de leur rupture. D'autre part, la bonne foi impose à chaque partie des obligations particulières lors des pourparlers.

Ainsi, la bonne foi *ex contractu* impose aux parties l'obligation de ne pas conduire son partenaire à aller à son détriment[557], en opérant comme un « *garde-fou contre le risque de déloyauté dans le déroulement ou la rupture des négociations* »[558].

Poser des normes de comportement, c'est une chose. Les faire respecter, c'en est une autre. En matière précontractuelle, c'est le mécanisme de responsabilité qui va intervenir pour assurer la bonne exécution des obligations précitées.

---

[556] J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, «La formation du contrat. Le contrat – Le consentement », *in* J. Ghestin (*dir.*), *Traité de droit civil*, t. I, 4e éd., LGDJ, Paris, 2013, p. 514, n° 711.

[557] P. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie*, thèse, LGDJ, Paris, 2000, p. 114, n° 124.

[558] J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, *op.cit.*, p. 514, n° 711.

TITRE DEUXIÈME La négociation libre du contrat origine de la responsabilité civile précontractuelle de nature délictuelle

Les législations nationales sont très variables sur la règlementation de la responsabilité civile dans la phase précontractuelle. Ainsi, il y a des droits nationaux qui consacrent des dispositions générales spécifiques comme le Code civil italien (l'article 1337), le Code civil grec (l'article 197) ou le Code civil allemand (l'article 311-2). Dans d'autres pays, comme les Pays-Bas (l'article 6 : 2 du Code civil) ou la Suisse (l'article 2 du Code civil), le régime de la responsabilité est déterminé par le principe de bonne foi appliqué dans la phase précontractuelle.

En absence de toute réglementation sur la responsabilité civile précontractuelle c'est la jurisprudence qui gère le déroulement des pourparlers. L'exemple le plus évident est le système juridique des pays de *common law*. Pour surmonter l'absence des principes généraux consacrés à la phase des négociations libres, le système anglo-américain a adapté certains mécanismes classiques[559]. Ainsi, les juristes ont fait référence à la notion d'« *unjust enrichment* », du « *promissory estoppel* » et au « *law of tort* » en développant les « *piecemeal solutions* » (« *des solutions fragmentes, partielles* »).

Le désir d'avoir un marché unique dans l'Union Européenne a stimulé des travaux internationaux ou européens d'harmonisation en matière de contrats qui proposent des formulations codifiées de la responsabilité précontractuelle.

Ainsi, les principes UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international[560] à l'article 2.1.15 limitent le droit d'une partie de négocier librement et de décider des clauses à négocier. Les paragraphes 2 et 3 du même article précisent expressément que « *la partie qui,*

---

[559] L.F. Kuyven, *La responsabilité précontractuelle dans le commerce international : fondement et règles applicables dans une perspective d'harmonisation*, thèse, cotutelle, Université de Strasbourg-Universida de Federal do Rio Grande do Sul, 2010, p. 307.

[560] Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT), *Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international 2010*, Rome, 2010.

dans la conduite ou la rupture des négociations, agit de mauvaise foi est responsable […] » et c'« *est notamment, de mauvaise foi, la partie qui entame ou poursuit des négociations sachant qu'elle n'a pas l'intention de parvenir à un accord* ».

On peut également citer l'article 2.1.16, qui dispose que « *la partie qui, au cours des négociations, reçoit une information donnée à titre confidentiel par l'autre partie, est tenue de ne pas la divulguer* » sinon « *le manque à ce devoir est susceptible de donner lieu à une indemnité comprenant, le cas échéant, le bénéfice qu'en aura retiré l'autre partie* ».

Une autre proposition d'harmonisation du droit des contrats est celle faite par la Commission du droit européen des contrats dirigée par le professeur Lando et intitulée les *Principes du droit européen des contrats*[561] (PDEC). En opposition avec les principes UNIDROIT qui sont destinés à être utilisés dans le monde entier et se limitent aux relations commerciales, les PDEC visent le marché unique européen et ils ont vocation à s'appliquer à tout contrat en général.

Les principes du droit européen des contrats consacrent aux articles 2 : 301 et 2 : 302 les règles qui normalisent les pourparlers. Le texte de l'article 2.1.15 des principes UNIDROIT[562] est pratiquement identique à celui de l'article 2 : 301 des PDEC[563], en dehors du fait que la sanction prévue par l'article 2 : 301 retombe sur la partie qui agit contrairement « *aux exigences de la bonne foi* », tandis que l'article 2.1.15 formule qu'elle retombe sur celle qui « *agit de mauvaise foi* ».

Le texte des PDEC se différencie des principes UNIDROIT par plus de clarté. Ainsi, les Principes de droit européen des contrats ne se limitent pas uniquement aux actes accomplis

---

[561] O. Lando, H. Beale, *Principles of European Contract Law*, Kluwer International, The Hague-London-Boston 2000.

[562] L'art. 2.1.15 des Principes UNIDROIT : « *(1) Les parties sont libres de négocier et ne peuvent être tenues pour responsabilité si elles ne parviennent pas à un accord. (2) Toutefois, la partie qui, dans la conduite ou la rupture des négociations, agit de mauvaise foi est responsable du préjudice qu'elle cause à l'autre partie. (3) Est, notamment, de mauvaise foi la partie qui entame ou poursuit des négociations sachant qu'elle n'a pas l'intention de parvenir à un accord* ».

[563] L'art. 2 : 301 du PDEC : « *(1) Les parties sont libres de négocier et ne peuvent encourir de responsabilité pour ne pas être parvenues à un accord. (2) Toutefois, la partie qui conduit ou rompt des négociations contrairement aux exigences de la bonne foi est responsable du préjudice qu'elle cause à l'autre partie. (3) Il est contraire aux exigences de la bonne foi, notamment, pour une partie d'entamer ou de poursuivre des négociations sans avoir de véritable intention de parvenir à un accord avec l'autre* ».

de mauvaise foi, mais visent tous les actes contraires à la bonne foi en précisant, également, ce qu'il faut entendre par la « *la bonne foi au sens objectif* »[564].

Un autre projet européen d'harmonisation est l'avant-projet du *Code européen des contrats*[565] proposé par l'Académie des Privatistes Européens sous la direction du professeur Gandolfi.

L'avant-projet consacre à l'article 6 le principe de la liberté des pourparlers et la responsabilité pour celui qui les rompt avec mauvaise foi. Ainsi, l'article 6 prévoit comme comportement contraire à la bonne foi le fait d'entreprendre ou de poursuivre des négociations sans avoir l'intention de parvenir à la conclusion du contrat et de rompre les pourparlers avancés sans aucun motif justifié.

Les mêmes conséquences sont prévues à l'égard de la partie qui viole l'obligation de renseignement (l'article 7 de l'avant-projet Gandolfi) et l'obligation de confidentialité (l'article 8 de l'avant-projet Gandolfi).

L'avant-projet de cadre commun de référence ou « *Draft Common Frame of Reference* » (DCFR) coordonné par le professeur Von Bar a réussi à relier les recherches de droit comparé des PDEC avec celles des Principes du groupe d'acquis communautaire relatifs aux principes du droit communautaire (ACQP).

S'agissant de la responsabilité civile de nature délictuelle dans la phase précontractuelle, le DCFR régit la sanction du comportement qui contrevient au principe de bonne foi[566]. Comme les autres projets d'unification du droit européen, le DCFR soumet les pourparlers à l'obligation de bonne foi[567], d'information[568] et de confidentialité[569].

---

[564] O. Lando, H. Beale, *op.cit.*, p. 113 et s.

[565] G. Gandolfi (*dir.*), *Code européen des contrats*. *Avant-projet*, Académie des Privatistes Européens, Dott. A. Giuffrè editore, Milano, 2004.

[566] L'art. II.- 3 : 301 du DCFR : « *(1) Les parties sont libres de négocier et ne peuvent encourir de responsabilité pour ne pas être parvenues à un accord. (2) Celui qui s'est engagé dans une négociation est tenu de négocier de bonne foi. Cette obligation ne peut être exclue ou limitée contractuellement. (3) Celui qui conduit ou rompt des négociations contrairement aux exigences de la bonne foi est responsable de tout préjudice causé à l'autre partie. (4) Est en particulier contraire aux exigences de la bonne foi le fait d'entamer ou de poursuivre des négociations sans avoir de véritable intention de parvenir à un accord avec l'autre partie* ».

[567] L'Art. III.- 1 : 103 du DCFR : « *(1) Toute personne a le devoir d'agir en conformité avec bonne foi et loyauté dans l'exécution d'une obligation, dans l'exercice d'un droit à l'exécution, dans la poursuite ou la défense d'un recours pour non-exécution, ou dans l'exercice d'un droit à l'exécution d'une obligation ou du contrat. (2) Le*

Le Groupe européen sur la responsabilité délictuelle appelé aussi le « *Tilburg Group* » contribue également à l'amélioration et à l'harmonisation de la responsabilité délictuelle en Europe à travers le cadre fourni par ses Principes de droit européen de la responsabilité civile (TLPE). Ainsi, le TLPE prévoit à l'article 1 : 101, alinéa 1er que « *toute personne à qui le dommage subi par autrui est légalement imputable est tenue de le réparer* ».

Malgré la variation de la réglementation de la responsabilité précontractuelle dans les systèmes juridiques nationaux, leur rapprochement a comme base la similitude de difficultés juridiques concernant les conditions de la mise en œuvre de la responsabilité civile de nature extracontractuelle.

Pour ouvrir le droit à réparation en droit français, le demandeur doit, traditionnellement, établir la présence des conditions suivantes de la responsabilité : *préjudice, faute, causalité*[570].

Ces conditions émergent de la conjugaison des articles 1382 et 1384, alinéa 1er, du Code civil français. Selon le premier article : « *tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* ». Du second article il découle que : « *l'on est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde* ». Ainsi, la responsabilité civile suppose d'abord un dommage encore appelé préjudice. Ensuite, elle suppose un fait générateur, en quoi l'on inclut tant la faute de celui dont on recherche la responsabilité, que le fait d'une personne dont il répond ou celui d'une chose qu'il a sous sa garde. On ne pourra parler de fait « *générateur* » qu'autant qu'il existe bien entre ce fait et le préjudice un rapport de causalité.

---

devoir ne pout être exclue ou limité par le contrat ou un autre acte juridique. (3) La violation du devoir de bonne foi ne donne pas lieu, directement à l'octroi des remèdes pour inexécution, mais peut empêcher une personne qui viole son obligation d'exercer ou de s'appuyer sur un droit, un remède ou un moyen de défense qu'elle aurait autrement eu ».

[568] Le DCFR consacre à l'obligation d'information toute une section (Section I, l'art. II.- 3 : 101 à l'art. II.- 3 : 109).

[569] L'art. II.- 3 : 302, al. 1er du DCFR : « *Si l'information confidentielle est donnée par l'une des parties au cours des négociations, l'autre partie a le devoir de ne pas divulguer l'information ou l'utiliser pour les propres fins ou si le contrat ne sera pas conclu* ».

[570] J. Schmidt, « La période précontractuelle en droit français », *RID comp*. 2/1990, p. 545-566.

Le dernier projet d'ordonnance de la Chancellerie de mars 2015 prévoit à l'article 1111, alinéa 2ème l'obligation de réparer le préjudice causé lors des négociations précontractuelles. D'après le même article, la réparation se fait sur le fondement de la responsabilité extracontractuelle.

Il faut noter que, sur les règles de la responsabilité extracontractuelle, le projet d'ordonnance reprend les dispositions des articles 1382 à 1386-18 du Code civil français en vigueur.

Également, le nouveau Code civil roumain dispose au premier alinéa de l'article 1349 que « *toute personne a le devoir de respecter les règles de conduite que la loi ou les usages du lieu imposent et de ne pas porter atteinte, par ses actions ou par ses inactions, aux droits et intérêts légitimes des autres personne* ». Si, à cause de ses actions, l'une des parties cause un préjudice, elle est tenue de le réparer intégralement (article 1349, alinéa 2ème du nouveau Code civil roumain). Aussi, dans des cas expressément prévus par la loi, elle sera obligé « *de réparer le préjudice causé par le fait d'autrui, par les choses ou les animaux se trouvant sous sa garde ainsi que par la ruine de son édifice* » (article 1249, alinéa 3ème du nouveau Code civil roumain).

La personne lésée a le droit de demander l'indemnisation du dommage si elle remplit cumulativement les quatre conditions suivantes : l'existence d'un préjudice, le fait illicite, le rapport de causalité entre le fait illicite et le préjudice et la faute de l'auteur.

Ces conditions sont prévues par l'article 1357, alinéa 1er et 2ème du nouveau Code civil roumain. Ainsi, il dispose à l'alinéa premier que « *celui qui cause à autrui un préjudice par un fait illicite, commis de manière fautive, est tenu de le réparer*» et au deuxième alinéa « *l'auteur du préjudice répond même de sa faute non intentionnelle la plus légère*»[571].

Pourtant, le nouveau Code civil roumain ne contient pas de règles spécifiques s'agissant de la responsabilité délictuelle dans la phase précontractuelle. Toutefois, il prévoit des règles à caractère général encadrant la responsabilité civile délictuelle pour le fait propre (section 3ème, l'article 1357), qui s'appliqueront par extension à notre sujet.

Nous allons poursuivre notre étude avec l'exposé de chaque condition : le préjudice (Chapitre I), la faute (Chapitre II) et le lien de causalité (Chapitre III). À partir de là, on

---

[571] Dans la conception du nouveau Code civil roumain, les quatre conditions ses appliquent à la fois pour la responsabilité délictuelle et pour la responsabilité contractuelle et elles doivent être remplies cumulativement.

dégagera les caractéristiques spécifiques pour chaque condition et nous observerons quelle originalité elles présentent relativement à la période précontractuelle.

CHAPITRE PREMIER Le préjudice précontractuel

Les articles 1382 à 1386 du Code civil français et les articles 1357 et 1381[572] du nouveau Code civil roumain mentionnent la nécessité d'un dommage pour que la responsabilité puisse être engagée. Mais que doit-on entendre par là (Section 1) ? Et plus exactement, quel est le dommage causé par un comportement déloyal lors de pourparlers[573] (Section 2) ?

Section 1. Caractérisation du préjudice précontractuel

Le préjudice est une condition prévue à la fois dans le système juridique français (Sous-section 1) que dans le système roumain (Sous-section 2). Même s'il est prévu d'une façon très semblable dans les deux ordres de droit, il existe des particularités que nous allons nuancer dans cette section. Il convient en outre de traiter parmi les sujets de l'analyse des différences entre la notion de « *dommage* » et de « *préjudice* » et la définition de préjudice dans les projets d'harmonisation.

Sous-section 1. Notion de préjudice en droit français

Le terme de préjudice désigne « *toute lésion d'un intérêt d'ordre patrimonial ou extrapatrimonial subie par une personne, et pouvant consister en une perte ou en un gain manqué* »[574].

---

[572] Section VI du nouveau Code civil roumain, « *La réparation du préjudice en cas de responsabilité délictuelle* », l'art. 1381 « *L'objet de la réparation* » : « *(1) Tout préjudice donne droit à réparation. (2) Le droit à réparation naît le jour où est causé le préjudice, même si ce droit ne peut être mis en ouvre immédiatement. (3) Sont applicables au droit à réparation, à compter de la date de sa naissance, toutes les dispositions légales relatives à l'exécution, à la transmission, à la transformation et à l'extinction des obligations* ».

[573] O. Deshayes, « Le dommage précontractuel », *RTD com*. 2004, p. 187.

[574] P. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, 2e éd, Litec, Paris, 2005, p. 109.

Il est l'une des conditions premières de la responsabilité civile. C'est pourquoi la littérature s'y rapportant est abondante. Le préjudice a ainsi fait l'objet d'une analyse approfondie et la première question soulevée a été de savoir s'il existe une différence entre la notion de « *préjudice* » et la notion de « *dommage* » ? [575]

§1. La différence entre « *préjudice* » et « *dommage* » en droit français

L'étude du Code civil et de la jurisprudence fait ressortir qu'il n'existe pas une vraie distinction entre les deux notions. La doctrine n'opère pas non plus de différence, la plupart des auteurs emploi indifféremment les deux termes qu'elle considère comme synonymes[576].

Toutefois, il existe un nouveau courant doctrinal dénonçant cette confusion et plaidant pour la distinction[577]. Il s'appuie sur l'origine historique des termes pour rappeler qu'en droit romain le « *damnum* » de la loi *Aquilia*, qui était l'atteinte à l'intégrité physique, n'avait pas le même sens que le « *proejudicium* »[578]. Le dommage serait la lésion, l'atteinte soit à un bien, soit à l'intégrité physique d'une personne, c'est-à-dire un simple fait sans signification juridique. Quand au préjudice, seul pris en compte par le droit, il serait une conséquence patrimoniale ou extrapatrimoniale du dommage et il serait l'objet d'une indemnisation.

La partie de la doctrine qui adhère à cette distinction lui attribue certaines vertus, outre l'intérêt d'une clarification sémantique. Ainsi, le préjudice ne peut que se compenser pécuniairement par un équivalent monétaire, tandis que le dommage pourrait faire l'objet de mesures de réparation en nature ; de même, parce qu'il est une notion de droit, le préjudice justifierait pour sa réparation l'exigence de conditions juridiques[579].

---

[575] G. Viney, P. Jourdain, « Les conditions de la responsabilité civile », *in* J. Ghestin (*dir.*), *Traité de droit civil*, 3e éd., LGDJ, Paris, 2006, p. 3.

[576] J. Carbonnier, *Droit civil*, *Les obligations*, vol. 2 , PUF, Paris, 2004, p. 2269 ; H. et L. Mazeaud, A. Tunc, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, t. I, 6e éd., Montchrestien, Paris, 1965, nos 208 et s. ; H.-L. et J. Mazeaud, F. Chabas, *Leçons de droit civil*, *Obligations. Théorie générale,* t. II, vol. I, 10e éd., Montchrestien, Paris, 1999, n° 407.

[577] G. Viney, P. Jourdain, *op.cit.*, note n° 2.

[578] *Ibidem*, note n° 3.

[579] *Ibid.*, p. 4, n° 5.

La distinction du dommage et du préjudice proposé par cette doctrine correspond à une réalité incontestable. Comme les rédacteurs du Code civil, nous emploierons les deux termes, dommage et préjudice, dans la suite des développements. Ainsi, la responsabilité civile a pour objet de réparer les conséquences d'une attente à une personne ou à un bien, qu'on les nomme « *préjudice* » ou « *dommage* ».

§2. La définition de préjudice précontractuel et la notion du préjudice précontractuel dans les projets de réforme français

Le préjudice qui se produit dans la phase précontractuelle « *est celui qui résulte de l'échec des pourparlers précontractuels et, en général, il est un préjudice matériel consistant dans une perte pécuniaire, auquel peut s'ajouter un préjudice moral, ainsi que le gain manqué par le partenaire victime de la rupture* »[580].

Le dommage précontractuel peut paraître aggravé lorsque la rupture survient lors de la reconduction d'un contrat. Elle se traduit par la cessation des relations contractuelles antérieures, ce qui peut obliger une entreprise à réorganiser une partie de son activité et même entraîner pour elle un dommage moral consistant dans l'atteinte à sa réputation commerciale[581].

Les projets de réforme du droit français mettent en évidence le fait que l'actuel Code civil se résume à classifier les différents types de dommages et qu'il était revenu à la jurisprudence le rôle de les définir[582]. Ainsi, les groupes de projets de réforme ont essayé d'actualiser et de clarifier les notions de dommage et de préjudice.

L'avant-projet Catala prévoyait en son article 1343 qu'« *est réparable tout préjudice certain consistant dans la lésion d'un intérêt licite, patrimonial ou extrapatrimonial, individuel ou collectif* ». Aussi, le groupe de travail a consacré deux textes à deux sujets discutés : les dépenses effectuées pour prévenir la réalisation d'un dommage et la perte d'une chance. Pourtant, l'avant-projet ne prévoit pas un article spécifique aux pertes d'exploitation.

---

[580] J. Schmidt, « La période précontractuelle en droit français », *RID comp*. 2/1990, p. 545-566.

[581] Cass.com., 9 févr. 1981, *D.* 1982, p. 4, note J. Schmidt.

[582] C. Grare-Didier, « Du dommage », *in* F. Terré (*dir.*), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Dalloz, Paris, 2011, p. 131.

Une autre nouveauté résidait dans la distinction sémantique entre les termes « *dommage* » et « *préjudice* », le dommage désignant « *l'atteinte à la personne ou aux biens de la victime* » et le préjudice « *la lésion des intérêts patrimoniaux ou extrapatrimoniaux qui en résulte* »[583].

Le projet Terré définit le dommage à l'article 8 comme étant « *toute atteinte certaine à un intérêt de la personne reconnu et protégé par le droit* ». De la même manière que l'avant-projet Catala, le projet fait la distinction entre dommage et préjudice « *à l'image de certains droits étrangers* »[584], et plus particulièrement le droit allemand. Ainsi, le dommage désigne l'atteinte à un intérêt reconnu et protégé par le droit et le préjudice manifeste ses conséquences pour le demandeur. En tant que l'existence d'un dommage conditionne celle d'un droit à réparation, la nature du préjudice doit reprendre les modalités de sa réparation.

Sous-section 2. Notion de préjudice dans les projets d'harmonisation français et en droit roumain

Comme en droit positif français, les termes de « *dommage* », « *préjudice* » ou « *dégât* » sont employés en tant que synonymes par le nouveau Code civil roumain (§1) et dans les dispositions des projets d'unification de droit européen (§2).

§1. La différence entre la notion du « *préjudice* » et la notion du « *dommage* » dans les projets d'harmonisation

Dans certaines situations, le terme de « *dommage* » est utilisé dans le sens « *d'indemnisation* » pour la réparation d'un préjudice, c'est-à-dire pour désigner une compensation pécuniaire.

---

[583] P. Catala, *L'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription* (l'avant-projet Catala), La Documentation française, Paris, 2006, p. 173, n° 2.

[584] C. Grare-Didier, *op. cit*.

Toutefois, des études de droit comparé ont montré que dans les pays francophones il y a une distinction scientifique entre le « *préjudice* » et « *dommage* » consacré par la doctrine[585].

La ressemblance des deux notions se retrouve également dans les textes internationaux et ceux de l'Union européenne.

Ainsi, même si à l'article 25 de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises, le mot « *préjudice* »[586] est utilisé, ce terme a un sens étymologique et il est synonyme de « *dommage* »[587].

Dans les conventions relatives au transport international, à la fois le « *préjudice* » et le « *dommage* » sont utilisés pour définir le préjudice causé aux intérêts d'une des parties, si ce préjudice porte sur la propriété ou la personne de la partie[588].

Le dommage peut également être compris dans le terme de l'article 9 : 501 des Principes du droit européen des contrats relatifs aux « *dommages et intérêts* »[589]. Ainsi, le texte de l'article 9 : 501 rappelle que les dommages et intérêts ne peuvent être accordés sans l'existence d'un préjudice qui peut être le résultat d'une faute ou non[590]. Le préjudice inclut le

---

[585] M. Uliescu, « Raspunderea civila. Dispozitii generale », *in* M. Uliescu (*dir.*), *Noul code civil. Studii si comentarii*. *Despre obligatii*, vol. III, p. I, cartea a V-a, Universul Juridic, Bucuresti, 2014, p. 451 ; B. Fauvarque-Cosson, D. Mazeaud (*dir.*), *European Contrat Law. Materials for a Common Frame of reference : Terminology, Guiding Principles, Model Rules*, Association *Henri Capitant* des amis de la culture juridique française, Société de legislation compare, Sellier, Munich, 2008, p. 264.

[586] L'art. 25 du CVIM : « *Une contravention au contrat commise par l'une des parties est essentielle lorsqu'elle cause à l'autre partie un préjudice tel qu'elle la prive substantiellement de ce que celle-ci était en droit d'attendre du contrat, à moins que la partie en défaut n'ait pas prévu un tel résultat et qu'une personne raisonnable de même qualité placée dans la même situation ne l'aurait pas prévu non plus* ».

[587] V. Heuze, *La vente internationale de marchandises*, LGDJ, Paris, 2000, p. 348.

[588] L'art. 5 de la Convention des nations unies sur le transport des marchandises par mer ; l'art. 13 de la Convention *UNIDROIT* relative au contrat de transport international de marchandise par route ; les arts. 10, 17, 19 de la Convention de Varsovie pour l'unification de certain règles relatives au transport aérien international et les arts. 17, 18 et 19 de la Convention de Montréal destinée à remplacer la Convention de Varsovie ; l'art. 16 et 18 de la Convention de Budapest relative au contrat de transport fluvial.

[589] L'art. 9 : 501 du PEDC : « *(1) Le créancier a droit à dommage et intérêts pour le préjudice que lui cause l'inexécution […]. (2) Le préjudice réparable inclut : (a) le préjudice non pécuniaire, (b) le préjudice futur don la réalisation peut raisonnablement être tenue pour vraisemblable* ».

[590] V. Perruchot-Triboulet, « Dommages et intérêts », *in* C. Prieto (*dir.*), *Regards croisés sur les principes du droit européen du contrat et sur le droit français*, PUAM, Aix-en-Provence, 2003, p. 513.

dommage non pécuniaire et le dommage futur « *dont la réalisation peut raisonnablement être tenue pour vraisemblable* » (l'alinéa 2ème).

Le préjudice doit être le résultat prévisible de la non-exécution. Il doit ainsi exister des liens évidents entre le caractère certain et le caractère direct du préjudice. Comme dans les principes UNIDROIT[591], le créancier a le droit à des indemnités équivalentes au montant qui correspond à la valeur qu'il aurait reçue sur l'exécution du contrat, à la condition que le débiteur ait prévu ou aurait dû prévoir les conséquences de son défaut. La prévision s'apprécie au moment de la conclusion du contrat et par le débiteur. Le critère de référence est la prévision raisonnable que l'homme normalement diligent peut faire sur les conséquences d'une éventuelle inexécution[592].

Les rédacteurs des principes UNIDROIT précisent que « *le droit à dommages-intérêts peut exister non seulement dans le contexte de l'inexécution du contrat, mais aussi lors de la période précontractuelle […]. Le régime des dommages-intérêts pour inexécution, tel que décrit dans cette section, pourra s'appliquer par analogie […]* »[593].

Un autre exemple de projet d'harmonisation dans lequel les deux termes sont utilisés comme des synonymes est l'avant-projet du Code européen des contrats. Par exemple, l'article 64 dispose que la compensation est due à la victime d'un préjudice dans le cas d'une représentation illusoire. L'article 79 donne au créancier le droit de refuser l'exécution par un tiers si elle provoque un « *préjudice* » en son nom. Le créancier peut également refuser la performance attendue si cette performance « *préjudicie par elle-même [le créancier]* » dans les termes de l'article 80.

Le projet des Principes de droit européen de la responsabilité civile ne fait pas non plus une distinction entre les deux termes. Ainsi, au premier alinéa de l'article 1 : 101, il utilise le terme « *dommage* »[594] et au deuxième alinéa il emploie le mot « *préjudice* »[595]. Toutefois, il a

---

[591] L'art. 7.4.4 Principes UNIDROIT : « *Le débiteur est tenu du seul préjudice qu'il a prévu, ou qu'il aurait pu raisonnablement prévoir, au moment de la conclusion du contrat comme une conséquence probable de l'inexécution* ».

[592] Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT), *Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international 2010*, Rome, 2010, p. 282.

[593] *Ibidem*, p. 276.

[594] L'art. 101, al. 1er du TLPE : « *Toute personne à qui le dommage subi par autrui est légalement imputable est tenue de le répare* ».

[595] L'art. 101, al. 2ème du TLPE : « *Le préjudice peut être imputé en particulier à toute personne […]* ».

choisi d'utiliser « *préjudice* » à la place du « *dommage* » pour définir la première condition de la responsabilité civile[596].

En outre, le Règlement communautaire (Rome II) sur la loi applicable aux obligations non contractuelles du 11 juillet 2007 utilise le terme « *dommage* » pour le préjudice subi lors de la phase précontractuelle. Ainsi, il dispose au premier alinéa de l'article 2 que « *[...], le dommage vise toute atteinte résultant d'un fait dommageable, d'un enrichissement sans cause, d'une gestion d'affaires ou d'une « culpa in contrahendo »* ».

§2. Le préjudice précontractuel en droit roumain

En droit roumain également le préjudice est une condition générale de la responsabilité civile et il représente « *le résultat négatif souffert par une personne à la suite d'un fait illicite commis par une autre personne* »[597].

Pendant la période précontractuelle, les parties sont obligées de répondre du préjudice créé. Ainsi, les négociations présupposent l'écoulement d'un certain laps de temps qui peut être traduite en argent, et un préjudice peut naître quand elles ne conduisent pas à la conclusion de l'accord final. Ensuite, les dépenses engagées en vue de la conclusion d'un éventuel contrat représentent aussi un préjudice. Il en va enfin de même de la perte de chance de contracter en cas de rupture illégitime de la négociation par le partenaire.

En conclusion, le préjudice survenant dans la phase de négociation comme celui naissant dans la phase d'exécution du contrat peut relever tant des conditions du dommage effectif (« *damnum emergens* »), que de la perte de chance de réaliser des bénéfices (« *lucrum cessans* »).

Le droit à réparation pour le préjudice causé a été consacré dans les deux systèmes du droit national. Pour que ce droit produise effet, le dommage ou le préjudice doit remplir certaines conditions. Nous pourrons répondre à la deuxième question posée (« *quel est le*

---

[596] Titre II « *Les conditions de la responsabilité* », ch. 2. « *Le préjudice* », art. 2 : 101 « *Préjudice réparable* » : « *le préjudice consiste en une atteinte matérielle ou immatérielle à un intérêt juridiquement protégé* ».

[597] C. Statescu, C. Birsan, *Drept civil. Teoria generala a obligatiilor* (*Droit civil. Théorie générale des obligations*), 8e éd., Hamangiu, Bucarest, 2008, p. 140, n° 120.

dommage réparable en cas de rupture illicite de pourparlers ? ») en déterminant quels préjudices remplissent ces conditions.

Section 2. Les conditions du préjudice précontractuel indemnisable

Les conditions du dommage sont régulièrement rappelées par la jurisprudence : « *la seule preuve exigible est celle d'un préjudice personnel, direct et certain* »[598]. Ainsi, le préjudice doit être personnel (Sous-section 2), direct (Sous-section 3) et certain (Sous-section 4). Parfois, il est précisé que le dommage doit être licite (Sous-section 1).

Cette étude portant exclusivement sur le préjudice qui se produit dans la phase de formation du contrat, nous analyserons uniquement les conditions dégagées par les doctrines française[599] et roumaine pour le préjudice précontractuel.

Sous-section 1. Le préjudice doit être licite

Il a longtemps été exigé, pour ouvrir droit à réparation, que l'intérêt lésé ne soit pas illégitime ou, tout simplement, que le préjudice licite soit réparable[600]. Ainsi, si le préjudice ne résulte pas de l'atteinte portée à un droit, les règles de la responsabilité ne vont pas autoriser la défense d'intérêts ou de situations que le droit condamne, car ils sont contraires à la loi, à l'ordre public ou aux bonnes mœurs[601]. Cette règle[602] est tirée de l'interprétation de l'article 31 du Code de procédure civile français qui fait de l' « *intérêt légitime* » une condition générale de recevabilité de l'action en justice. De plus, elle résulte d'une transposition à la matière du

---

[598] Cass. 2e civ., 16 avril 1996, n° 94-13.613, *Bull.civ*. II, n° 94 ; *D*. 1997, somm. 31, obs. P. Jourdain.

[599] J. Schmidt, « La période précontractuelle en droit français », *RID comp*. 2/1990, p. 584 ; O. Deshayes, « Le dommage précontractuel », *RTD com*. 2004, p. 188.

[600] Cass.ch.mixte, 27 févr. 1970, « Dangereux », n° 68-10.276, *Bull.ch.mixte*, n°1 ; F. Terré, Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. II, Dalloz, Paris, 12e éd., 2008, n° 185-186.

[601] P. Le Tourneau (*dir.*), *Droit de la responsabilité et des contrats. Régime d'indemnisation 2014/2015*, 10e éd., Dalloz, Paris, 2014, p. 590, n° 1392.

[602] *Ibidem.*

principe romain *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* (« *personne ne peut alléguer sa propre turpitude* »)[603].

Est apparue la question légitime de savoir si la victime pouvait se voir refuser la réparation d'un préjudice précontractuel au motif que l'intérêt n'est pas reconnu par « *le Droit* »[604] ?

Classiquement, le préjudice représente la lésion d'un intérêt. Mais, si l'intérêt est illicite, le préjudice sera-t-il toujours la lésion d'un intérêt ?

Si on prend l'exemple d'une victime qui a un intérêt légitime à agir, elle verra son action déclarée recevable. Si elle demande la réparation d'un préjudice résultant de l'atteinte à un intérêt illicite, comme la perte d'un bien qu'elle détenait en violation des règles de droit, suite à un vol par exemple, ce dernier ne sera pas pris en compte et la demande sera déclarée, de ce chef, partiellement mal fondée. C'est également le cas lorsqu'un propriétaire d'une maison de jeux clandestins réclame réparation suite à la destruction de son local due au fait d'autrui, faisant se tarir des sources de substantiels bénéfices[605]. Si le préjudice est fondé sur une situation illicite il ne sera pas réparable, car il serait en effet choquant d'admettre la réparation des dommages subis à l'occasion des activités ou des situations illicites ou par des victimes jugées moralement indignes de recevoir une indemnisation.

Il résulte de ce qui précède que la licéité du préjudice invoqué est une condition du bien-fondé de l'action plus que de sa recevabilité[606]. La *licéité du préjudice* est plutôt un élément de mesure du préjudice réparable qu'une condition d'ouverture de l'action en réparation, alors que la *légitimité de l'intérêt* à agir rend, comme on a déjà mentionné, l'action en justice recevable.

Par ailleurs, le préjudice, pour qu'il soit réparé, ne doit pas aller à l'encontre des bonnes mœurs. En observant la jurisprudence, on constate que la notion d'immoralité évolue sous l'effet de la libéralisation des mœurs[607]. Ainsi, la Cour de Paris, dans un arrêt de 20 juin

---

[603] P. Le Tourneau, *La règle Nemo auditur*, LGDJ, Paris, 1970.

[604] P. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, 3e éd., LexisNexis, Paris, 2014, p. 126, n° 188.

[605] T. com. Seine, 10 juin 1942, *Gaz. Pal.* 1942.2.149.

[606] P. Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats. Régimes d'indemnisation 2014/2015, op.cit.*, n° 1392.

[607] B. Starck, H. Roland, L. Boyer, *Obligations. Responsabilité délictuelle*, 5e éd., Litec, Paris, 1996, p. 65, n° 112.

1960[608], avait accordé une indemnité à une strip-teaseuse pour la cicatrice qui lui a été causée sur une partie du corps, nuisant ainsi à son activité.

La moralisation des comportements opère depuis longtemps au stade des pourparlers par le biais de l'article 1382 du Code civil. Si le principe demeure celui de la libre rupture des pourparlers, c'est à condition que celle-ci ne soit pas opérée dans des circonstances fautives causant un dommage au partenaire. Cette période est sécurisée par l'instauration d'une obligation de négocier de bonne foi et de ne pas rompre brutalement les pourparlers. Or, statistiquement, il est assez rare que le partenaire soit concerné par les dispositions de l'article 1382 du Code civil.

On peut prendre les situations hypothétiques suivantes pour mieux comprendre la liaison entre le préjudice licite et l'intérêt légitime dans la phase précontractuelle.

Une société pharmaceutique (X), pour produire un nouveau médicament, a mené de longues négociations avec une entreprise qui fabrique des produits chimiques (Y). La société X rompt brutalement les négociations. L'entreprise Y demande la réparation de tous les préjudices causés à la suite de la rupture. Le juge constate qu'est demandé le remboursement du prix d'une substance chimique interdite pour la production des médicaments. Une autre situation peut être celle d'un collectionneur des voitures qui mène des négociations avec un vendeur pour l'acquisition d'un lot de voitures. L'acheteur rompt sans motif légitime les pourparlers et, parce que le vendeur a déjà acheté quelques voitures, il demande la réparation du préjudice. Il est ensuite constaté que parmi les automobiles achetées se trouvait une voiture volée.

En conclusion, la victime peut être dans la situation de se voir refuser la réparation d'un préjudice précontractuel si son intérêt n'est pas légitime.

Les projets de réforme du droit civil français prévoient l'*intérêt licite* parmi les conditions du préjudice réparable[609]. Par l'introduction dans les textes de projets de la notion d'« *intérêt* » les rédacteurs ont codifié la jurisprudence[610] et ils ont offert un outil de hiérarchisation des différents dommages, le filtre en étant l'expression « *reconnu et protégé par le droit* » ou le mot « *licite* ».

---

[608] C.A. Paris, 20 juin 1960, *Gaz. Pal*. 1960, n° 2, p.169.

[609] L'art. 1343 du l'avant-projet Catala : « *[...] la lésion d'un intérêt licite [...]* » ; l'art. 8 du projet Terré : « *[...] toute atteinte certaine à un intérêt [...] reconnu et protégé par le droit* ».

[610] Cass.ch.mixte, 27 févr. 1970, *préc*.

L'accent a été mis sur l'« *illicéité* » comme élément constitutif du préjudice et les auteurs ont préféré employer le terme de « *reconnu* » plutôt que celui de « *légitime* » utilisé par la jurisprudence, en motivant que « *la formule sera donc de nature à permettre à la Cour de cassation d'effectuer un contrôle sur le dommage réparable, autrement que par le caractère certain* »[611].

Sous-section 2. Le préjudice doit être certain

Selon une partie de la doctrine et de la jurisprudence, le préjudice réparable doit être « *direct, actuel* et *certain* »[612].

Le dommage doit donc être la conséquence directe du fait générateur de responsabilité. Il est fréquemment affirmé que le préjudice *direct* renvoie à la condition de causalité, car il est rattaché par ce lien de cause à effet à l'acte illicite imputé au responsable. Les articles 1382, 1385 et 1151 du Code civil français exigent que le fait préjudiciable soit la « *cause génératrice* » du dommage, ou que la chose ait eu une place décisive dans la réalisation du préjudice. Nous ne nous pencherons donc pas plus en avant sur ce caractère.

Selon l'article 1530 du nouveau Code civil roumain, le préjudice est réparable s'il est une « *conséquence directe et nécessaire de l'inexécution de l'obligation, lorsque cette inexécution est injustifiée ou due à une faute même non intentionnelle* ». Inscrite dans les dispositions relatives à la responsabilité civile contractuelle, cette règle a un caractère général et s'applique donc pareillement à la responsabilité délictuelle.

Comme en droit français, la doctrine roumaine[613] a constaté que le caractère « *direct et nécessaire* » du préjudice représente à la vérité une continuation de la condition du lien de causalité entre la faute du coupable et le préjudice de la victime.

En ce qui concerne notre sujet, il est aisé d'imaginer que dans la période précontractuelle la violation « *sans justification ou coupable de l'obligation* » de négociations avec bonne foi produira un préjudice « *direct* » à l'autre partenaire.

---

[611] F. Terré (*dir.*), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, *op.cit*., p. 134.

[612] P. Le Tourneau, *op. cit*., p. 595, n° 1410.

[613] I. Turcu, *Noul Code Civil republicat. Despre obligatii* (« *Le nouveau Code civil republié. Concernant les obligations* »), cartea V, n° 1164-1649, 2e éd., C.H. Beck, Bucarest, 2011, p. 447.

Le caractère « *actuel* » du préjudice réparable nous paraît compris dans le caractère « *certain* ». Si le préjudice futur peut être indemnisé, il est donc certain ; par conséquent, le caractère d'actualité du préjudice ne présente pas de réelle valeur juridique. Nous nous bornerons donc à dire que le dommage n'est réparé que si la perte est certaine.

L'exigence semble *a priori* évidente : celui qui allègue un préjudice doit en outre en établir la matérialité ou l'effectivité, le doute profitant sur ce point au défendeur à l'action[614]. Mais en réalité, la condition de certitude du préjudice ne doit pas être comprise de cette manière. Elle tend davantage à exclure la réparation d'un préjudice dont la réalisation est hypothétique[615]. C'est là une question de preuve qui incombe à la victime, demandeur à la réparation.

La pratique a révélé des incertitudes quant à la preuve du caractère certain du préjudice. Ainsi, s'il est affecté d'un aléa, si la perte a déjà fait l'objet d'une réparation ou s'il y a dans l'ordre juridique une voie de droit autre que l'action en responsabilité civile susceptible de remettre les parties dans la situation initiale. Ces doutes s'expliquent par le fait que le caractère certain ne résulte que d'une déduction de l'article 1382 du Code civil français.

À cet égard, les projets de réforme rédigés sous la direction de messieurs Terré et Catala posent nettement une condition de certitude du dommage[616].

Également, l'article 1532 du nouveau Code civil roumain impose le caractère « *certain* » du préjudice, qui présuppose que son existence est « *sûre, indéniable* [« *neindoielnica* »] *et aussi, qu'il puisse être évalué à présent* ». Tant les préjudices actuels que les préjudices futurs doivent être certains. Le préjudice actuel s'entend d'un dommage produit avant la demande de réparation. Le préjudice futur est celui qui ne s'est pas encore réalisé, mais dont on sait qu'il se produira et qui peut être évalué dès à présent (l'article 1592, alinéa 1er du Code civil roumain). Le préjudice ne pouvant être déterminé avec certitude sera établi par les tribunaux (l'article 1532, alinéa 3 Code civil roumain).

Le préjudice éventuel ne doit pas être confondu avec le préjudice futur, car il n'est pas sûr et ne peut donc donner lieu à réparation.

---

[614] Cass. 2e civ., 8 déc. 1993, *Bull. civ*. II, n° 362 ; *Réf. Def*. 1994, p. 813, note D. Mazeaud.

[615] X. Pradel, *Le préjudice civil dans le droit civil de la responsabilité*, thèse, LGDJ, Paris, 2004, p. 213, nos 174 et s.

[616] L'art. 1343 de l'avant-projet Catala : « *[...] est réparable tout préjudice certain* » ; l'art. 8 du projet Terré : « *[...] constitue un dommage toute atteinte certaine* ».

En principe, la preuve de la certitude du préjudice incombe à la victime. Ainsi, il sera identifié si dans le patrimoine de la victime s'est produit un dommage, une perte d'activité ou une majoration de passif[617].

Dans la période précontractuelle, le caractère certain pourrait se manifester en un dommage aux biens représentant l'objet du contrat futur, dans la diminution de la valeur de marché ou dans la prolongation injustifiée de pourparlers par un des partenaires. De même, l'impossibilité d'utiliser un bien pendant une certaine période de temps, en raison de la prolongation des négociations, est susceptible de constituer un préjudice.

Peuvent également avoir un caractère certain les préjudices résultant de la perte d'une chance, des bénéfices ou d'espoir de gagner des bénéfices, qui ont été causés par la rupture brutale des pourparlers, en violation de l'obligation de diligence.

Cela étant exposé, nous nous attacherons à étudier les difficultés qui apparaissent dans l'analyse de la condition de certitude du préjudice précontractuel (§1), ainsi que les risques de cumul d'indemnisations (§2).

§1. La certitude du préjudice précontractuel déjà réalisé et affecté d'un aléa

La phase précontractuelle est complexe et lors de cette phase les parties peuvent engager des frais substantiels en vue d'arriver à la conclusion du contrat. Toutefois, le montant des frais ne garantit pas la conclusion du contrat. Et, si l'une parties commet une faute lors de la rupture des pourparlers, sera-t-elle responsable pour la réparation intégrale du préjudice ? De plus, la « *réparation intégrale du préjudice* » se limite-t-elle au préjudice subi ou implique-t-elle aussi le préjudice futur ?

a. Le préjudice subi

La certitude d'un dommage qui s'était déjà produit à l'occasion de pourparlers contractuels est facile à admettre. C'est un préjudice déjà réalisé. Un débat est toutefois né en doctrine quant à la question de savoir quels frais engagés en vue de la conclusion du contrat peuvent faire l'objet d'une indemnisation.

---

[617] I. Turcu, *op.cit.*, p. 437.

Les auteurs considèrent que ces frais relèvent de deux catégories distinctes[618]. Dans la première catégorie se retrouvent tous *les frais engagés en vue de la conclusion du contrat* (les frais de négociation). Elles regroupent toutes les dépenses effectuées dans le but de parvenir à un accord définitif, et qui se révèlent, *a posteriori*, avoir été exposées sans aucun intérêt, sans contrepartie[619]. Ils incluent, à titre d'exemple, le temps passé à l'élaboration du projet de contrat[620], les frais de l'acquisition de matériel[621], les dépenses de déplacement[622], d'aménagement de locaux[623], les coûts de recrutement de personnel[624] ou d'intervention de tiers spécialisés (experts, consultants, auditeurs, architectes, etc.)[625].

La deuxième catégorie regroupe *les frais liés à la rupture*. Ils portent le nom de « *frais post-rupture* » ou « *frais de rupture* » et ils représentent les dépenses effectuées ou les pertes subies en conséquence de la rupture des négociations[626] comme, par exemple, les frais financiers provoqués par la nécessité de recourir à un financement par emprunt dû à l'échec des négociations[627], les frais liés à la nécessité de trouver un nouvel emploi au lendemain de la rupture[628] ou les dépenses liées à la nécessité de recourir en catastrophe aux services plus coûteux d'un tiers[629].

Une grande partie de la doctrine[630] ainsi que la jurisprudence[631] estiment que toutes les pertes subies (les frais de négociation et les frais de rupture) doivent être indemnisées. Donc,

---

[618] O. Deshayes, « Le dommage précontractuel», *RTD com*. 2004, p. 187.

[619] *Ibidem.*

[620] C.A. Lyon, 24 juil. 2002, *JurisData* n° 2002-193214.

[621] C.A. Agen, 21 août 2002, *JCP* 2003.II.10162, note A. Lecourt.

[622] Cass.com., 20 mars 1972, *Bull. civ*. IV, n° 93 ; *JCP* 1973.II.17543, note J. Schmidt-Szalewski.

[623] Cass. 3e civ., 3 oct. 1972, *Bull. civ*. III, n° 491.

[624] C.A. Versailles, 8 mars 1985, *JurisData* n° 1985-041111.

[625] C.A. Rennes, 29 avril 1992, *Bull. Joly* 1992, 462, n° 132, note J.-J. Daigre ; C.A. Lyon, 6 juin 2002, *JurisData* n° 2002-184338.

[626] O. Deshayes, *loc. cit.*, p. 188.

[627] C.A. Lyon, 4 mars 1994, *JurisData* n° 1994-043277.

[628] C.A. Agen, 21 août 2002, *JCP* 2003.II.10162, note A. Lecourt.

[629] C.A. Paris, 5 nov. 1999, *RTD civ*. 2000, 104, obs. J. Mestre, B. Fages.

[630] P. Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats, op.cit.*, p. 596 et s. ; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, 11e éd., Dalloz, Paris, 2013, p. 649, n° 597 ; A. Danis-Fatome, *Apparences et contrats*, thèse, LGDJ, Paris, 2002, n° 807. J. Mestre, « La période précontractuelle et la formation du

l'auteur de la rupture, dont la faute a été établie, doit indemniser son partenaire de tous ses frais, car c'est la seule voie qui permette de replacer le partenaire « *dans la situation qui aurait été la sienne s'il n'avait pas entrepris de négocier avec l'auteur de la rupture fautive* »[632].

Pourtant, si les participants à la négociation savent que la conclusion du contrat projeté n'est pas certaine et qu'ils engagent tout de même des dépenses, c'est parce qu'ils croient qu'un contrat définitif sera conclu et qu'ils assument le risque. Ainsi, si les pourparlers sont rompus sans faute, chaque partie supporte les frais de négociation et les frais de rupture. Sur le fondement de la théorie du risque, nous pouvons dire que lorsqu'une faute est commise, celle-ci ne cause pas le préjudice correspondant aux frais, car ces pertes subies auraient existé même en absence de la faute. Donc, elles sont indépendantes de toute faute et c'était un risque assumé par les parties avant d'entrer dans la négociation.

Pour toutes ces raisons et avoir de son côté un arrêt de la Cour d'appel de Paris[633], une partie de la doctrine[634] milite pour une certaine restriction de la compensation des frais engagés. Est plus précisément défendue l'idée que des professionnels ne pourraient réclamer l'indemnisation des frais de négociation, car ces frais se trouveraient déjà *réparés* par leur affectation aux charges générales de l'entreprise.

---

contrat », *PA* 5 mai 2000, p. 9 ; P. Le Tourneau, « La rupture des négociations », *RTD com*. 1998, p. 489 ; P. Mousseron, « Conduites des négociations contractuelles et responsabilité civile délictuelle », *RTD com*. 1998, p. 264.

[631] C.A. Rennes, 29 avr. 1992, *Bull. Joly* 1993, 463, n° 132, note J.-J. Daigre ; Cass.com., 7 janv. 1997 et 22 avril 1997, *D*. 1998, jur. p. 49, n° 24, note P. Chauvel ; C.A. Paris, 10 mars 2000, *JCP* 2001.II.10470, note F. Violet.

[632] D. Mazeaud, « La genèse des contrats, un régime de liberté surveillée », *Dr. et patrimoine*, juil.-août 1996, p. 49, n° 21.

[633] C.A. Paris, 16 déc. 1998, *Bull. Joly* 04/1999.470, note A. Laude ; C.A. Angers, 25 nov. 1992, *JurisData* n° 1992-048656 : « *les frais engagés par une société pour le déplacement d'une équipe dans le pays étranger, siège de l'autre société, ne sont pas constitutifs d'un préjudice lié à la rupture des pourparlers mais un risque commercial pris en connaissance de cause* » ; C.A. Lyon, 29 sept. 2000, *JurisData* n° 2000-132246, qui opère une distinction entre les frais relevant du déroulement normal des pourparlers (restant à la charge du négociateur déçu) et ceux « *qui excèdent les seules nécessités d'une négociation commerciale* » (réparés par l'auteur de la rupture). V. également R. Saleilles, « La responsabilité précontractuelle », *RTD civ*. 1907, p. 697.

[634] J. Schmidt, « La période précontractuelle en droit français », *RID comp.* 2/1990, p. 150 ; B. Lasalle, « Les pourparlers », *RRJ* 3/1994, p. 851 et 852 ; F. Accad, *Les pourparlers*, thèse, Conservatoire national des arts et métiers, 1996, ANRT, Paris, 2003, n° 546 et s. ; C.A. Paris, 16 déc. 1998, *Bull. Joly* 04/1999.475, note A. Laude.

La doctrine n'est certes pas unanime, certains auteurs s'opposant à cette thèse.[635]. Ils peuvent s'appuyer sur un arrêt rendu en novembre 2003[636] par la chambre commerciale de la Cour de cassation, commenté par de nombreux auteurs. La Cour a retenu la responsabilité des partenaires qui avaient « *rompu unilatéralement et avec mauvaise foi des pourparlers qu'ils n'avaient jamais paru abandonnés et que la société Alain Manoukian [A.M.] poursuivait normalement* » et approuvé la Cour d'appel d'avoir « *décidé à bon droit qu'en absence d'accord ferme et définitif, le préjudice subi par la société A.M. n'incluait que les frais occasionnés par la négociation et les études préalables auxquelles elle avait fait procéder* ».

Il est permis de voir dans l'arrêt *Manoukian* un compromis raisonnable entre les deux opinions doctrinales précédemment présentées : indemniser tous les frais ou les considérer comme étant un risque assumé. Elle s'était mis dans la position du repère, en énonçant les préjudices réparables qui ont été causés par la rupture fautive de négociation. Ainsi, les frais qui seront indemnisés en cas de rupture unilatérale et avec mauvais foi des pourparlers sont les frais occasionnés par la négociation et les coûts des études préalables.

b. Le préjudice futur

La question des préjudices futurs est plus complexe. Tout d'abord, il convient de distinguer le préjudice futur « *virtuel* » du préjudice futur « *éventuel* ». Le préjudice futur virtuel est « *celui qui existe en puissance dans l'acte incriminé parce que sont déjà réunies toutes les conditions de sa réalisation dans l'avenir* »[637]. Le préjudice futur éventuel est pour sa part hypothétique, son existence dans l'avenir est subordonnée à des événements dont la réalisation est incertaine[638], il dépend d'un aléa. On peut donc dire que les préjudices actuel et virtuel sont certains, alors que le préjudice éventuel ne l'est pas.

L'avant-projet Catala pose clairement cette règle dans ses textes en reprenant la formule de certains arrêts de la Cour de cassation[639]. Ainsi, l'article 1345 dispose que « *le*

---

[635] P. Chauvel, « Rupture des pourparlers et responsabilité délictuelle », *Dr. et patrimoine*, 1996, n° 29, p. 44 ; P. Le Tourneau, *op. cit.*, p. 596 et s., n° 1412.

[636] Cass.com., 26 nov. 2003, n° 00.10-949, *JurisData* n° 2003-021243 ; *Bull. civ.* IV, 2003, n° 186 ; *RTD civ.* 2004, p. 80, note J. Mestre.

[637] P. Le Tourneau, *op. cit.*, p. 601, n° 1414.

[638] *Ibidem*.

[639] P. Catala, *L'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Ministère de la Justice, La documentation Français, Paris, 2006, p. 174.

préjudice futur est réparable lorsqu'il est la prolongation certaine et directe d'un état de chose actuel ». Donc, pour que le préjudice futur soit réparé, il faut qu'existe entre lui et le préjudice actuel un lien certain et direct. Il doit être la conséquence de l'action fautive du négociateur coupable.

La doctrine[640] définit les préjudices futurs ou les gains manqués d'une manière plus concrète. Elle envisage trois hypothèses : une atteinte portée à la réputation qui nuirait à la conclusion du contrat ultérieur, la perte de chance de conclure un contrat avec un tiers et la perte de bénéfices escomptés de la conclusion du contrat. Pourtant, la frontière est très subtile, surtout quand il s'agit de la notion de « *perte de chance* ».

Selon la formule reprise plusieurs fois par la Cour de cassation, « *l'élément de préjudice constitué par la perte d'une chance peut présenter en lui-même un caractère direct et certain dès lors qu'est constatée la disparition par l'effet d'un délit de la possibilité d'un événement favorable, encore que par définition, la réalisation d'une chance ne soit jamais certaine* »[641] ou, plus simplement, « *seule constitue une perte de chance réparable, la disparition actuelle et certaine d'une éventualité favorable* »[642].

Le droit français, en voyant dans la perte d'une chance un préjudice réparable, s'oppose aux certaines droits étrangers[643] et aux projets de droit européen[644].

Toutefois, il a été admis que l'indemnisation ne peut pas égaler la totalité du gain attendu[645]. En effet, il faut tenir compte de l'incertitude de la conclusion du contrat et

---

[640] A.-S. Dupré-Dallemagne, « Nouvelles précisions sut le régime applicable à la rupture unilatérale des pourparlers », *D*. 2004, p. 871 ; I. Vacarie, « La perte d'une chance », *RRJ* 3/1987, p. 90.

[641] Cass.crim., 4 déc. 1996, *Bull.crim*., n° 445.

[642] Cass. 1er civ., 21 nov. 2006, n° 05-15. 674, *JurisData* n° 2006-036009 ; *JCP* 2006.IV.3475.

[643] J.M. Van Dunné*, Precontractual liability. Reports to the XIIIth Congress. International Academy of Comparative Law* (Montreal, 1990), General Editor H. Hondius, éd. Kluxer, 1991, p. 187 et s. ; A. Farnsworth, « Precontractual liability and preliminary agreements. Fair dealing and failed negotiations » (« *La responsabilité précontractuelle et les conventions précontractuelle. Faire des conventions et l'échec des négociations* »), Columbia *law review*, 1987, p. 217 et s.

[644] O. Lando, H. Beale, *Principles of European Contract Law*, parts I and II, *Kluwer law international*, 2000, art. 2 : 301, note 3 et s. ; Institut International pour l'Unification du Droit Privé (UNIDROIT), Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international, http://www.unidroit.org/french/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-french.pdf.

[645] D. Mazeaud, *loc.cit*., n° 21 ; P. Le Tourneau, *op.cit*., p. 603, n° 1419.

appliquer par conséquent un coefficient de minoration au gain net manqué[646]. C'est donc la seule perte de chance de voir le contrat conclu qui sera indemnisée.

Une nouvelle opinion est apparue en doctrine[647], suivie en jurisprudence, qui est assez réticente à l'idée d'une indemnisation de la perte de chance de conclure le contrat définitif. Elle soutient qu'il n'existe aucune relation causale entre la rupture des négociations et le préjudice consistant dans la perte de chance de conclure le contrat. La théorie est basée sur le fait que le processus qui mène au contrat passe par l'accord des partenaires, qui ont la liberté de rompre les pourparlers à tout moment. Ainsi, comme l'entrée en pourparlers n'assure pas automatiquement la conclusion du contrat, aucun des négociateurs ne peut se dire titulaire d'une *chance* de conclure le contrat définitif. La seule chance qui peut être perdue est celle de poursuivre les négociations.

À cette opinion il convient d'ajouter l'arrêt *Manoukian* rendu par la Cour de cassation, déjà mentionné. La Cour y a approuvé les juges d'appel d'avoir refusé l'indemnisation de la perte de chance de conclure le contrat. La formulation de la décision est explicite : « *en l'absence d'accord ferme et définitif, le préjudice subi par une société ayant engagé avec les actionnaires d'une autre société des négociations en vue de la cession des actions composant le capital de cette dernière 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* »[648]. En d'autres termes, la cause du préjudice consistant dans la perte d'une chance de réaliser les gains est dépendante de l'accord ferme et définitif et elle ne réside pas des circonstances de la rupture. Ainsi, la Cour, par sa décision, a voulu limiter l'étendue du dommage réparable en tenant compte de l'état d'avancement des négociations.

Car, dans la phase de la formation du contrat, les pourparlers précèdent les avant-contrats, qui conduisent au contrat définitif. La perte d'une chance ne serait indemnisée qu'en présence d'un « *accord ferme et définitif* », parce qu'on ne peut pas conférer de force

---

[646] C.A. Paris, 19 déc. 1998 : « *attendu que la société PMG ne peut en outre prétendre se voir indemnisée, s'agissant de la rupture des pourparlers, d'une perte de profit consécutive à la non réalisation de la cession mais uniquement de la perte de la chance de conclure le contrat envisagé et d'en tirer profit* ».

[647] Cass.com., 7 janvier 1997 et 22 avril 1997, *D*. 1998, jur. p. 50, note P. Chauvel.

[648] O. Deshayes, *loc.cit*., p. 190.

obligatoire à un contrat qui n'en a pas[649]. *A contrario*, le préjudice causé par la rupture abusive des pourparlers ne saurait être indemnisé faute de véritable chance perdue.

Un autre chef de préjudice, moins contesté, peut également se rencontrer dans la phase précontractuelle. C'est la *perte de chance de conclure un contrat avec un tiers*. Il ne présente pas de difficultés d'ordre théorique, car la majorité des opinions de la doctrine et la jurisprudence sont favorables à l'indemnisation[650]. Il existe toutefois une difficulté quant à l'appréciation de la réalité de la chance perdue ainsi que du montant des dommages-intérêts devant être consécutivement alloués.

L'exemple plus prégnant est l'arrêt rendu le 28 juin 2006 par la 3e chambre civile de la Cour de cassation. Par cet arrêt la Cour a voulu clarifier en reconfirmant et en fixant, sous une forme générale, les règles applicables aux pourparlers précontractuels. Elle a souligné, au visa de l'article 1382 du Code civil, « *qu'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 qui permettait d'espérer la conclusion du contrat* ».

Dans cet arrêt, comme dans l'arrêt *Manoukian*, les gains dont la victime se prétendait privée n'étaient pas directement attendus du contrat négocié (l'acquisition des parties d'une société exploitant un fonds de commerce dans l'affaire *Manoukian*, et l'acquisition d'un terrain dans cet affaire), mais de l'exploitation du fonds ou de la réalisation d'un programme immobilier sur le terrain convoité, donc d'autres contrats que celui dont la négociation a échoué.

La Cour ne se fonde pas sur le fait que la chance de réaliser le gain soit trop hypothétique pour que le préjudice puisse être réparé. Elle s'appuie sur l'absence de tout lien causal entre la faute et la perte de chance. Cette absence présente un obstacle *a priori* à l'indemnisation de la perte de chance de conclure le contrat et elle n'est pas liée à la réalité de la chance perdue[651].

---

[649] P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Les obligations*, 6e éd, LGDJ, Paris, 2013, p. 226, n° 464.

[650] P. Chauvel, « Rupture des pourparlers et responsabilité délictuelle », *Dr. et Patrimoine*, nov. 1996, n° 37, p. 46 ; Cass.com., 7 avril 1998, *D.* 1999, jur. p. 514, note P. Chauvel ; C.A. Lyon, 4 mars 1994, *JurisData* n° 1994-043277 ; C.A. Angers, 1er déc. 1983, *JurisData* n° 1983-04730 ; C.A. Rennes 7 décembre 1989, *JurisData* n° 1989-047667.

[651] O. Deshayes, « Refus de l'indemnisation de la perte de chance de tirer profit du contrat en cas de rupture fautive des pourparlers », note sur Cass. 3e civ., 28 juin 2006, *JCP* 2006.II.10130.

Le 30 avril 2014, la Cour de cassation française fait un revirement sur la question de la perte d'une chance. Plus précisément, la première chambre civile a rendu deux décisions[652] qui pose une nouvelle condition à l'indemnisation de la perte de chance : il faut que la chance soit « *raisonnable* ». Ainsi, pour que la victime soit indemnisée, il faut qu'elle établisse avoir subi un « *préjudice direct et certain résultant d'une chance raisonnable* »[653].

La doctrine a proposé que par « *chance raisonnable* » devrait « *s'entendre non seulement une chance qui existe mais encore une chance présentant une certaine importance quantitative* »[654].

Les textes des projets de réforme du droit français codifiant la jurisprudence relative à la perte d'une chance prévoient que « *la perte d'une chance constitue un préjudice réparable distinct de l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée* »[655], ou encore que « *l'interruption d'un processus [dans notre cas les pourparlers] à l'issue incertaine ne peut constituer un dommage que s'il existait des chances réelles et sérieuses qu'il aboutisse à un résultat favorable* »[656].

Ainsi, les auteurs des projets, et plus précisément ceux du projet Terré, assument le risque de donner une définition à la perte de chance – « *omnis definitio in jure civili periculosa est* » - et, à cette occasion, ils créent un cadre clair pour les juges.

D'un autre côté, en définissant la perte de chance au premier chef comme « *l'interruption d'un processus à l'issue incertaine* » (l'article 9 du projet Terré), le projet adopte une conception de l'aléa qui se veut souple et qui ne se réduit pas à ce qui est totalement indépendant de toute volonté des parties.

Pour que la perte de chance soit indemnisée, elle doit être une conséquence certaine du fait générateur envisagé, « *la prolongation certaine et directe d'un état de chose actuel* » (l'article 1345, alinéa 1 de l'avant-projet Catala). En autre, il faut que la chance de réaliser un gain ou d'éviter une perte soit « *réelle et sérieuse* »[657]. Les juges bénéficieraient donc d'une

---

[652] Cass. 1er civ., 30 avril 2014, n° 13-16.380, *D*. 2014.1040 ; *AJ fem.* 2014.570, obs. S. Thouret ; Cass. 1er civ., 30 avril 2014, n° 12-22.567, *D*. 2014.1044 ; *RCA* 2014. Comm. 215, obs. F. Leduc.

[653] P. Brun, O. Gout, « Responsabilité civile : novembre 2013 – décembre 2014 », *D*. 2015, p. 124.

[654] O. Deshayes, « Perte de chance : une nouvelle jurisprudence en voie de formation », *RDC* 4/2014, p. 610.

[655] L'art. 1345, al. 1er de l'avant-projet Catala.

[656] L'art. 9 du projet Terré.

[657] F. Terré, Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. II, 12e éd., Dalloz, Paris, 2008, n° 184.

marge d'appréciation. Ainsi, même s'il y a des chances réelles et sérieuses que les négociations aboutissent à la conclusion du contrat définitif, les juges auront une certaine liberté en pouvant écarter la réparation de la perte de chance si celle-ci leur paraît déraisonnable ou inéquitable.

L'appréciation du préjudice suppose par conséquent la prise en compte du degré d'avancement des pourparlers pour décider si la perspective de gain mérite d'être au moins partiellement prise en considération pour évaluer l'indemnisation[658]. Ne sera pas compensée l'intégralité du gain manqué par suite de la non-conclusion du contrat, mais seulement la part correspondant au préjudice certain.

Cependant, le projet d'ordonnance de la Chancellerie de mars 2015 prend une position très ferme. En effet, le troisième alinéa de l'article 1111 prévoit que « *les dommages et intérêts ne peuvent avoir pour objet de compenser la perte de bénéfices attendus du contrat non conclu* ». Ainsi, le texte de projet d'ordonnance envisage aussi la possibilité de réparer la perte de chance de conclure le contrat définitif, mais sans indemniser les gains éventuels suite à l'exécution du contrat.

En droit roumain, la certitude du préjudice précontractuel déjà réalisé et affecté d'un aléa n'est pas autant étudiée et analysée qu'en droit français. Compte tenu de la ressemblance avec le droit français et du fait que la présentation du droit roumain passe par celle de la notion générale de préjudice certain, nous passerons directement, pour éviter les répétitions, à l'étude du cumul d'indemnisations.

§2. Le cumul d'indemnisations

[658] « *En cas de rupture des négociations contractuelles, si la jurisprudence se refusait à indemniser le gain manqué, trop aléatoire, elle acceptait généralement d'indemniser, outre les frais exposé inutilement, la perte d'une chance de conclure le contrat projeté et donc de percevoir les profits qui en étaient espérés. Mais la chambre commerciale semble avoir abandonné cette solution, refusant l'indemnisation de la perte de chance de réaliser les gains que permettait d'espérer la conclusion du contrat négocié* », G. Viney, p. Jourdain, S. Carval, « Les conditions de la responsabilité », *in* J. Ghestin, *Traité de droit civil*, 4e éd., LGDJ, Paris, 2013, p. 133, n° 280.

Après avoir identifié quel est le préjudice réparable, il y a une autre condition à respecter : « *le dommage ne doit pas avoir été réparé* »[659]. Cela n'est pas si simple qu'il n'y paraît.

L'application de ce principe ne saurait faire de doute lorsque l'indemnité déjà versée l'a été au titre de la responsabilité civile. Or, le préjudice précontractuel est parfois couvert indépendamment de la mise en œuvre de la responsabilité délictuelle. Par exemple, un professionnel qui a subi un préjudice en négociant avec un non-professionnel. Le professionnel ne peut se plaindre du dommage que représente pour lui la préparation des devis, car son coût est habituellement couvert par les frais généraux d'une entreprise[660].

Ainsi, il est possible d'avoir un cumul d'indemnités de sources différentes. Dans la pratique, existent par exemple des comités de défense constitués par des individus qui essaient de se prémunir contre un danger les menaçant collectivement. En principe, si un préjudice a été indemnisé par la voie de l'action individuelle ou par celle de l'action collective, le droit à réparation disparaît, mais ce n'est pas toujours le cas. Imaginons-nous que la victime d'un préjudice fait parti d'un comité de défense. Si elle introduit une demande de réparation du préjudice dans son nom propre et que le comité a agi aussi pour la réparation, mais séparément, l'existence simultanée de l'action en réparation risque de conduire à réparer deux fois le même préjudice.

En ce qui concerne l'indemnisation du préjudice précontractuel, la jurisprudence a une position favorable au cumul[661]. En effet, elle a été admis le cumul de la perte de chance de conclure le contrat avorté et de la perte de chance de conclure un contrat avec un tiers, autant que le cumul de la perte de chance de conclure le contrat définitif et des frais engagés[662]. En général, on peut dire qu'aucun obstacle ne parait s'opposer au cumul de tous les chefs du préjudice[663].

---

[659] J. Schmidt, *op.cit*., p. 549.

[660] C.A. Colmar, 5 déc. 1928, *Rev. jur. d'Alsace-Lorraine* 1929, p. 364.

[661] Cass.com., 26 nov. 2003, n° 00-10243, *Rev. Lamy droit civil*, n° 1/2004, p. 7, obs. S. Doireau.

[662] C.A. Versailles, 1er avril 1999, *RJDA* 1999, n° 1285 ; C.A. Versailles, 25 sept. 2003, *JCP E* 2004, n° 384, obs. P. Mousseron ; A. Laude, *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, thèse, PUAM, Aix-Marseille, 1992, p. 514, n° 836.

[663] A. Cohérier, *Des obligations naissant des pourparlers préalables à la formation des contrats*, thèse, Paris, 1939, p. 194, n° 96.

Des contradictions se font toutefois jour. Par exemple, la victime d'une rupture des pourparlers peut être, simultanément dans deux situations incompatibles : celle qui serait résultée de la conclusion du contrat projeté et celle qui serait résultée de l'absence de négociation. Ce pourrait être la situation du cumul de la perte de chance de conclure le contrat avorté et de la perte de chance de conclure un contrat avec un tiers. On peut obtenir la compensation du préjudice né du défaut de conclusion d'un contrat et de celui né du défaut de la conclusion du contrat qui aurait pu être souscrit à la place du premier[664].

De même, le cumul entre perte de la chance de conclure le contrat avorté et les frais peut susciter des confusions. Ainsi, les indemnisations de la perte de chance de conclure le contrat permettent de reproduire, d'une manière artificielle, les effets attendus d'une poursuite loyale des pourparlers, alors que la compensation intégrale des frais met les parties dans la situation dans laquelle elles se seraient trouvées si les négociations n'avaient jamais eu lieu.

Dans le système roumain, le droit à réparation de la victime suit l'élimination des effets des actes illicites et de l'enrichissement sans cause. En principe, la réparation doit être faite par celui qui a commis le fait dommageable. Parfois, c'est une autre personne que l'auteur du préjudice qui indemnise le dommage ou fournit certaines prestations par lesquelles le dommage causé est entièrement ou partiellement couvert[665].

Dans tous les cas présentés par la doctrine et par la jurisprudence roumaine le cumul des indemnisations pour le même préjudice n'est pas permis. C'est en revanche le cas de l'assurance de personnes qui n'a pas un caractère indemnitaire[666] : quand un tiers accorde à la victime une telle indemnisation, la victime garde intact le droit à la réparation intégrale de l'auteur du préjudice.

Sous-section 3. Le préjudice doit être personnel

---

[664] O. Deshayes, *op.cit*., p. 191.

[665] C. Statescu, C. Birsan, *Drept civil. Teoria generala a obligatiilor* (« *Droit civil. Théorie générale des obligations* »), 9e éd., Hamangiu, Bucarest, 2008, p. 148 et s.

[666] I. Turcu, *Noul Code Civil republicat. Despre obligatii* (« *Le nouveau Code civile république. Concernant les obligations* »), cartea V, n° 1164-1649, 2e éd., C.H. Beck, Bucarest, 2011, p. 447.

Pour être réparable, le préjudice doit également être personnel au demandeur, que celui-ci soit une personne physique ou une personne morale. Autrement dit, seulement la personne à laquelle le fait préjudiciable a porté dommage peut demander la réparation. Ainsi, le demandeur à la réparation doit avoir été personnellement atteint dans son patrimoine, son intégrité corporelle ou ses sentiments.

Le caractère personnel du dommage complique, en revanche, l'action des groupements ou associations qui, sauf habilitation légale ou assouplissement prétorien, ne peuvent représenter collectivement les intérêts individuels de leurs membres.

Dans la vie pratique, le préjudice direct souffert par une personne peut être la source d'un préjudice personnel pour autrui. La question qui se pose est de savoir si les tiers qui ont souffert un préjudice réfléchi ou « *par ricochet* » peuvent réclamer réparation.

Les tribunaux ont constamment oscillé entre deux conceptions du préjudice *par ricochet*. D'une part, ils ont franchement accepté d'y voir un préjudice subi personnellement par la victime par ricochet et, par conséquent, de lui reconnaître une véritable autonomie par rapport au dommage subi par la victime immédiate. Et, d'autre part, ils ont eu tendance à le traiter comme un simple reflet du préjudice initial.

La règle générale est que la victime n'est pas responsable pour les préjudices qu'elle cause, même par sa mort[667]. Toutefois, il y a le cas dont les victimes indirectes, par exemple les victimes d'un accident de la circulation, peuvent agir en réparation de leur préjudice propre, qui ne constitue pas un préjudice par ricochet, car les dommages ne trouvent pas leur source dans le préjudice d'autrui[668].

Pourtant, depuis l'arrêt *Dangereux* rendu en 1970 par la chambre mixte de la Cour de cassation[669] et qui reconnait un intérêt légitime juridiquement protégé, n'est plus exigé un lien de droit entre la victime d'un préjudice patrimonial *par ricochet* et la victime première. En ce qui concerne le préjudice extrapatrimonial, la Cour de cassation admet l'indemnisation du préjudice moral réfléchi (préjudice d'affection). Il y a toutefois des limites en cas de survie de la victime directe.

Les personnes morales sont également admises à défendre en justice leurs intérêts personnels.

---

[667] Cass. 1er civ., 4 nov. 1986, pourvoi n° 85-11.972, *Bull.civ*. I, n° 248.

[668] Cass. 2e civ., 28 juill. 1983, *Gaz. Pal*. 1984, n°1, pan. 56, obs. F. Chabas.

[669] Cass.ch.mixte, 27 fév. 1970, n° 68-10.276, *Bull.ch.mixte*, n° 1 ; *Grands arrêts*, n° 182.

Pour le préjudice extrapatrimonial, le droit positif admet que les personnes morales ont le droit à une indemnisation. Celle-ci peut se justifier quand la personne morale jouit d'une personnalité non pas seulement *jure sensu* mais aussi au sens psychologique et social.

Le préjudice précontractuel est soumis, *a fortiori*, aux règles générales du caractère personnel. Ainsi, la partie, victime de la rupture brutale des pourparlers, doit prouver que son intérêt personnel a été lésé et, ensuite, demander en son nom propre la réparation du dommage subi. Le préjudice doit évidemment respecter toutes les autres conditions d'un dommage précontractuel. Comme il a été dit précédemment, le préjudice précontractuel n'est pas entièrement réparable et, par conséquent, la victime directe ne sera pas mise dans la situation qui aurait été la sienne si elle n'avait pas entrepris de pourparlers.

Pourrait-il exister des victimes d'un préjudice par ricochet dans le cadre des négociations libres?

Nous n'avons pas trouvé de réponse à cette question dans la doctrine et la jurisprudence. Nous tenterons donc d'y répondre en faisant une comparaison avec les règles générales du caractère personnel du préjudice.

Le préjudice par ricochet est défini comme étant « *le nom donné au préjudice ou ensemble des chefs de préjudice [moral ou pécuniaire] subi par des personnes liées par l'affection ou la profession à la victime directe du dommage* »[670]. Même si dans la doctrine cette définition est valable et l'exigence d'un lien du droit est affirmée, cette règle a été assouplie en pratique. En principe, « *toute personne qui prouve avoir souffert un dommage personnel par contrecoup de celui qui a frappé la victime initiale peut en obtenir réparation* »[671]. Ainsi, toutes les personnes qui entretenaient avec elle des relations d'intérêt compromises ou interrompues par le fait préjudiciable ainsi que des organismes qui ont été amenés à effectuer certaines dépenses peuvent être victimes d'un préjudice ricochet.

Imaginons la situation d'une personne qui aurait voulu acheter une halle, envisageant d'ouvrir une usine et qui serait entrée dans une négociation à cette fin. Après quelques mois, le propriétaire rompt les pourparlers brutalement. L'acheteur, en raison d'une situation familiale très difficile, subit un arrêt cardiaque et il décède. Une partie de la famille du vendeur demande la réparation de son préjudice, car le décès a provoqué l'interruption d'une aide

---

[670] G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 10e éd., PUF, Paris, 2014, p. 788.

[671] G. Viney, P. Jourdain, S. Carval, « Les conditions de la responsabilité civile », *in* J. Ghestin (*dir.*), *Traité de droit civil*, 4e éd., LGDJ, Paris, 2013, p. 212, n° 309.

matérielle que le vendeur leur fournissait effectivement[672]. Les salariés mis chômage demandent également l'indemnisation de leur préjudice par ricochet.

À première vue la réparation des préjudices semble logique. Pourtant, il faut toujours caractériser un lien de causalité entre la faute et le préjudice. Si le préjudice de la famille et des salariés est lié au décès, il n'y a pas de lien direct entre la rupture fautive des pourparlers et la mort de l'acheteur. En effet, rien ne garantit que le décès ne soit pas intervenu si le propriétaire de la halle avait rompu les pourparlers sans commettre de faute. La rupture des négociations ne peut donc pas être, en principe, la source d'un préjudice par ricochet.

Le nouveau Code civil roumain prévoit aussi, à l'article 1357, alinéa 1, le caractère personnel du préjudice comme condition de la réparation par la voie de la responsabilité civile. Par l'expression « *celui qui a causé à autrui un préjudice* » il est suggéré le caractère individuel (personnel)[673] du dommage.

Le caractère personnel du préjudice doit être entendu au sens large, en ayant compétence dans la réparation des dommages collectifs, ainsi que ceux causés par le ricochet. Mais, le droit à la réparation du préjudice causé aux membres d'une entité juridique collective ne peut pas être reconnu en faveur de cette entité car elle ne peut pas se substituer à ses membres pour défendre leurs intérêts[674].

Concernant notre sujet d'étude, il y a de nombreuses situations dans lesquelles un partenaire de la négociation « *cause à autrui* » un dommage par la violation des obligations spécifiques à la phase de la formation du contrat et qui donnent droit à la victime à la réparation de son préjudice.

Le caractère personnel du préjudice est prévu également dans les projets français de réforme. Ainsi, l'article 1343 de l'avant-projet Catala prévoit qu'est réparable tout préjudice qui consiste dans la lésion d'un intérêt licite « *individuel ou collectif* ». De même l'article 8, alinéa 1 du projet Terré dit qu'est réparable « *l'intérêt de la personne reconnue et protégée par le droit* » et l'alinéa 2 du même article étend le champ d'application de la disposition aux intérêts collectifs et à « *l'atteinte à l'environnement* ».

---

[672] Cass. 2e civ., 21 juill. 1998, *Bull.civ*. II, n° 27 : « *privation de l'assistance du conjoint pour une personne handicapée* ».

[673] I. Turcu, *op.cit*., p. 447.

[674] *Ibidem*, p. 448.

Il convient de préciser que dans le texte du projet, seul l'intérêt individuel est protégé par les règles générales. L'intérêt collectif est garanti par une disposition spécifique, car dans le droit positif le caractère personnel du préjudice empêche la prise en charge par la responsabilité du préjudice écologique pur qui n'a aucune répercussion directe sur une personne ou sur un patrimoine (la disparition d'une espèce, la destruction ou la perturbation d'un écosystème, la détérioration de la qualité de l'air). On peut s'imaginer la situation d'une entreprise qui est placée dans un écosystème protégé. Elle est obligée d'utiliser des filtres pour la fumée et le bruit qui doivent être changés périodiquement. L'entreprise entame des négociations avec un producteur de filtres, pourparlers qui sont prolongés sans raison et qui sont rompus brutalement. En raison de la rupture et du fait qu'elle doive chercher un autre distributeur de filtres de fumée et bruit, l'entreprise dépasse la période de validité, perturbe l'écosystème et détériore la qualité de l'air.

En conclusion, élément essentiel de l'engagement de la responsabilité civile, le dommage représente la perte imputable au débiteur qui « *s'observe de la comparaison entre la situation actuelle de la victime et celle qui aurait existé si le fait dommageable ne s'était pas produit* »[675].

Toutefois, comme nous venons de montrer, tous les dommages subis à l'occasion des négociations ne peuvent être indemnisés. Ainsi, une application *stricto sensu* du principe de la réparation intégrale du préjudice précontractuel n'est pas possible, car la phase de la formation du contrat reste toujours sous le signe de la liberté des parties. Donc, l'engagement dans une négociation implique une prise de risque qui est d'ailleurs assumée par toutes les parties.

---

[675] M. Bacache-Gibeili, « Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle », *in* C. Larroumet, *Traité de droit civil*, t. V, 2e éd., Economica, Paris, 2012, p. 391, n° 355.

CHAPITRE DEUXIÈME La faute précontractuelle

L'article 1384 du Code civil français dispose d'une manière générale à l'alinéa 1er qu'« *on est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde* ». Cependant, le Code civil français ne contient pas expressément une définition de la faute civile, cause du dommage[676]. C'est à la lumière de l'article 1382 du Code civil français que la faute oblige à réparation du dommage[677]. D'ailleurs, l'article 1383 du Code civil[678] complète les dispositions de l'article 1382 en affirmant « *le principe de la responsabilité en cas de négligence ou d'imprudence* »[679].

Le nouveau Code civil roumain prévoit également à l'article 16, alinéa 1, que « *la personne répond seulement des faits qu'elle a commis intentionnellement ou non intentionnellement, sauf disposition contraire de la loi* ». Les alinéas 2 et 3 du même article définissent ensuite la faute commise avec intention ou non[680]. D'une façon plus concrète, les dispositions relatives à la responsabilité délictuelle prévoient la sanction des actions ou inactions qui portent atteinte « *aux droits et intérêts légitimes des autres personnes* » (article 1349, alinéa 1er) et elles obligent à réparer intégralement le préjudice (article 1349, alinéa 2ème). Par ailleurs, l'article 1357 du nouveau Code civil relatif à la responsabilité du fait personnel dispose que « *[1] celui qui cause à autrui un préjudice par un fait illicite, commis de manière fautive, est tenu de le réparer* ».

---

[676] F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, 11e éd., Dalloz, Paris, 2013, p. 777, n° 716.

[677] L'art. 1382 du C.civ.fr. : « *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer* »

[678] L'art. 1382 du C.civ.fr. : « *Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence* ».

[679] F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *op.cit.*

[680] L'art. 16, al. 2 et 3 du n.C.civ.ro. : « *(2) Le fait est commis intentionnellement soit lorsque l'auteur prévoit le résultat de son fait et cherche à l'obtenir à travers celui-ci soit lorsque, bien qu'il ne recherche pas ce résultat, il accepte la possibilité que celui-ci se produise. (3) Le fait est commis non intentionnellement soit lorsque l'auteur prévoit le résultat de son fait, mais ne l'accepte pas, espérant de façon déraisonnable qu'il ne va pas se produire, soit lorsqu'il ne prévoit pas ce résultat, alors qu'il aurait dû. La faute non intentionnelle est grave lorsque l'auteur a agi avec une négligence ou une négligence ou une imprudence telle que même la personne la moins habile ne l'aurait pas commise au regard de ses propres intérêts* ».

À la lumière de ces dispositions générales, nous allons approfondir la notion de la faute dans la phase précontractuelle en étudiant dans un premier temps la caractérisation de la faute précontractuelle (Section 1) et, dans un dernier temps, les effets juridiques de la faute précontractuelle (Section 2).

Section 1. Caractérisation de la faute précontractuelle

Nous nous proposons de caractériser la faute commise à l'occasion des négociations en donnant d'abord une définition générale à la faute précontractuelle (Sous-section 1) pour ensuite analyser les typologies de la faute précontractuelle (Sous-section 2).

Sous-section 1. Définition de faute précontractuelle

« *La définition de la faute est difficile* »[681]. Pourtant, nous allons essayer de donner une description générale de la faute précontractuelle en présentant premier lieu la notion de faute précontractuelle (§1) et, second lieu, en déterminant les comportements de parties qualifiés comme fautifs lors des pourparlers (§2).

§1. Notion de la faute

Devant une rupture fautive de pourparlers qui a produit un préjudice, la victime (le créancier) doit recevoir réparation ou, d'un autre point de vue, l'auteur doit être puni. Les deux façons de voir la réparation d'un dommage représentent la manière dont le fondement de la responsabilité a évolué, du primat de la faute à la théorie du risque.

Selon la conception classique, « *la théorie de la faute* », la responsabilité civile est la résultante des éléments : faute, préjudice et lien de causalité.

[681] P. Malaurie, L. Aynès, P. Stoffel-Munck, *Droit civil. Les obligations*, 6e éd., LGDJ, Paris, 2013, p. 28.

Selon une autre vision[682], « *la théorie du risque* », la responsabilité se base sur une équation binaire dont les polarités sont le préjudice et l'action de l'événement préjudiciable. La théorie ne prend pas en compte l'imputabilité ou l'anti-juridicité du fait préjudiciable. Ce qui importe pour assurer la réparation est la vérification de l'existence du fait et de son lien de causalité avec le préjudice. Ainsi, l'auteur du fait qui a causé le préjudice sera le coupable.

Toutefois, la responsabilité née dans la période de formation du contrat est sur un terrain glissant, parce qu'elle doit agir dans les limites de la liberté de rupture. Pour cela, il faut que sa caractérisation soit certaine. La présence d'une faute est donc essentielle en matière de responsabilité précontractuelle.

En droit allemand, par exemple, par l'entrée en négociations ou par la simple prise de contact visant à conclure un contrat, les parties sont liées par une relation obligationnelle « *de préparation du contrat* »[683]. Ainsi, même si une personne entre dans un magasin pour s'informer, en n'ayant pas l'intention ferme d'acheter, elle établit un contact d'affaires « *Geschäftlicgher Kontakt* »[684].

Ayant comme fondement cette liaison, des obligations ont été dégagées par la jurisprudence et la doctrine allemande. D'abord, il y a l'obligation de protection de l'autre partie. Cette obligation contient la protection de son intégrité physique et de son patrimoine (l'article 242 du Code civil allemand). Ensuite, c'est l'obligation de négocier de bonne foi. Ainsi, si une partie, lors des pourparlers, a suscité la confiance qu'un contrat serait certainement conclu et qui sans avoir aucune raison légitime refuse de poursuivre la négociation, elle doit réparer le dommage négatif issu de la rupture[685]. Enfin, il y a l'obligation

---

[682] R. Saleilles, *Les accidents de travail et la responsabilité civile : essai d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle*, Arthur Rousseau, Paris, 1897 ; L. Josserand, *De la responsabilité du fait des choses inanimées*, Arthur Rousseau, Paris, 1897.

[683] M. Pedamon, *Le contrat en droit allemand*, LGDJ, Paris, 1993, p. 40.

[684] L'art. 311, al. 2ème du BGB établit trois hypothèses qui donnent naissance à un « *Geschäftlicgher Kontakt* » : l'engagement de pourparlers (« *Aufnahme von Verhandlungen* ») ; toute mesure préparatoire à un contrat (« *Anbahnung eines Vertrags* ») ; les contacts d'affaires analogue (« *Ähnliche geschäftliche Kontakte* »).

[685] B. Markesinis, W. Lorenz, G. Danemann, *The german law of obligation. The law of contracts and restitution*, vol. I, Clarendon Press, Oxford, 1997, p. 66.

de renseignement, « *Verletzung einer Aufklärungspflicht* », sur les circonstances essentielles pour la conclusion ou l'exécution du contrat[686].

Ainsi, le débiteur aura une conduite illicite et fautive s'il viole un des trois devoirs généraux dégagés par la doctrine et jurisprudence ainsi que prévus par le code.

Dans le système de *common law*, la faute (« *fault* » ou « *blameworthiness* ») est aussi un élément constitutif de la responsabilité délictuelle, mais non essentiel pour la mise en œuvre. Elle peut être ainsi remplacée par les notions du « *wrongful intention* » et de la « *culpable negligence* »[687].

Basée sur les principes « *venire contra factum proprium* » et de la confiance légitime, la jurisprudence anglaise a développé un autre mécanisme qui a pour vocation de corriger des cas dans lesquels il est possible d'admettre que le contrat ait été conclu, mais qu'il serait pourtant inéquitable de laisser la partie revenir sur sa parole[688]. C'est la règle de preuve « *promissory estoppel* ».

Faute d'absence de l'obligation de porter les pourparlers de bonne foi, la *common law* emploie une multitude de techniques juridiques. Parmi elles, la plus importante est la « *misrepresentation* ». Cette technique offre le fondement pour l'indemnisation de toute fausse information communiquée durant la phase de négociation. Ainsi, fournir de fausses informations ou de faux renseignements est source de responsabilité délictuelle pour « *fraudulent* » (*dol*) ou « *negligent misrepresentation* » (*négligence*).

Il y a également en droit anglais le « *duty of disclosure* ». Il envisage l'obligation positive d'information de la partie qui ignore l'information et dont la violation représente un comportement déloyal.

Dans l'acquis communautaire et l'acquis international, le terme « *faute* » est rarement utilisé. Les textes internationaux et de l'Union européenne se réfèrent plus généralement à

---

[686] F. Kessler, E. Fine, « Culpa in contrahendo, Bargaining in good faith and freedom of contract. A comparative study », *Harvard Law Review*, 64/1963, p. 405.

[687] B. Markesinis, S. Deakin, *Tort Law*, 6e éd., Clarendon Press, Oxford, 2007, p. 40.

[688] P. Pinsolle, « Distinction entre le principe de l'estoppel et le principe de bonne foi dans le droit du commerce international », *JDI* 4/1998, p. 911.

l' « *échec* » (« *failure* »), « *défaut* » (« *default* »), « *inexécution* » (« *non-performance* ») que à la « *faute* » (« *fault* »)[689].

À titre d'exemple, on peut citer la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (CVIM) qui n'utilise pas le terme de « *faut* ». Cependant, pour les hypothèses qui visent la faute d'une partie, la CVIM se réfère à l' « *inexécution de l'obligation* »[690].

De même, les principes UNIDROIT utilisent l'expression « *inexécution* » à la place de « *faute* ». Ainsi, l'article 7.1.1 dispose que « *par inexécution, on entend tout manquement par une partie à l'une quelconque de ses obligations résultant du contrat, y compris l'exécution défectueuse ou tardive* ». Il faut préciser que la définition de l' « *inexécution* » inclut, d'un côté, toutes formes d'inexécution défectueuse ainsi que le défaut complet d'exécution et, de l'autre côte, toute inexécution qu'elle soit ou non imputable au débiteur[691].

Toutefois, le terme « *faute* » n'est pas absent en totalité dans les textes internationaux ou européens. Ainsi, les Principes de droit européen de la responsabilité civile (TLPE) dispose à l'article 4 : 101 que « *toute personne qui viole, intentionnellement ou par négligence, le standard de conduite requis, engage sa responsabilité pour faute* ».

L'article 2 : 101, alinéa 1er du projet du Droit commun européen de la vente affirme aussi, que les parties sont libres d'initier, de poursuivre et de rompre les négociations précontractuelles, à condition qu'elles agissent en conformité avec les exigences de la bonne foi et de loyauté. Pourtant, le même texte dispose ensuite que « *l'échec des négociations ne peut donner lieu à une responsabilité si elle est la conséquence d'une faute ou d'actions contraires à la bonne foi et à la loyauté des deux parties* ».

La doctrine et la jurisprudence françaises ne donnent pas une définition spécifique de la faute précontractuelle[692]. Il faut donc se référer à la définition générale de la faute délictuelle

---

[689] B. Fauvarque-Cosson, D. Mazeaud (*dir.*), *European Contrat Law. Materials for a Common Frame of reference : Terminology, Guiding Principles, Model Rules*, Association *Henri Capitant* des amis de la culture juridique française, Société de législation compare, Sellier, Munich, 2008, p. 204.

[690] « *Si le vendeur n'a pas exécute l'une quelconque des obligations résultant pour lui du contrat de vente ou de la présente Convention […]* » (l'art. 45, pont 1er CVIM) ou « *si l'acheteur n'a pas exécuté l'une quelconque des obligations résultant pour lui du contrat de vente ou de la présente Convention […]* » (l'art. 61, point 1er CVIM).

[691] Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT), *Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international 2010*, Rome, 2010, p. 230.

[692] J. Schmidt, « La période précontractuelle en droit français », *RID comp*. 2/1990, p. 545-566.

donnée par la doctrine[693] pour constater qu'il convient de tenir compte de toute faute quelconque, sans exiger la présence du caractère de gravité, ni du caractère intentionnel.

Ainsi, la conduite d'un « *homme normalement avisé* » a été prise comme comportement de référence. Dans une appréciation abstraite, elle peut être comparable à celle du « *bonus pater familias* ». Par rapport à « *l'homme moyen* », qui a plus de liberté et de flexibilité dans son action et son appréciation, le « *bonus pater familias* » a une certaine obligation de devoir-être qui touche presque à une conduite morale. Donc, « *l'homme normalement avisé* » est celui qui agit selon le principe de bonne foi et avec loyauté. Ces deux obligations générales président non seulement à l'exécution des conventions, mais aussi à leur formation. Ainsi, « *on doit admettre, effectivement, que dans la phase de pourparlers certaines obligations de correction et de loyauté s'imposent aux parties relativement à la conduite des pourparlers eux-mêmes* »[694]. C'est donc la mauvaise foi et la déloyauté qui représentent l'archétype de la faute précontractuelle[695].

En droit français, avec l'adoption de la Loi « *pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes* », de 21 janvier 2014, l'expression « *bon père de famille* » a été remplacée par « *raisonnable* ». Par exemple, le texte de l'article 1137 du Code civil ne disposerait plus que « *l'obligation de veiller à la consécration de la chose […] soumet celui que en est chargé à y apporter tus les soins d'un* ***bon père de famille*** » mais il prévoit que l'obligation « *soumet celui qui en est chargé à y apporter tous les soins* ***raisonnables*** ».

Ainsi, le « *standard d'une personne raisonnable* » originaire des pays de *common law* remplace l'expression historique de « *bonus pater familias* » caractéristique au système de *civil law*, même si les deux expressions ont le même sens juridique[696].

À la lumière de la coutume et des usages juridiques, de la doctrine et de la jurisprudence propres aux pays de *civil law*, nous allons employer toutefois l'expression

---

[693] « *L'erreur de conduite qu'un homme normalement avisé ne commet pas lorsqu'il se trouve dans les mêmes circonstances de fait* », B. Starck, H. Roland, L. Boyer, *Les obligations. Responsabilité délictuelle*, 5e éd., Paris, p. 139 ; ou tout simplement, « *un fait illicite imputable à son auteur* », H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*. *Obligation*, vol. 1, t. II, 9e éd., Montchrestien, Paris, 1998, p. 451, n° 443.

[694] C.A. Pau, 14 janvier 1969, *D*. 1969, p.716.

[695] J. Schmidt, « La sanction de la faute précontractuelle », *RTD civ*. 1974, p. 46.

[696] J. Huet, « Adieu bon père de famille », *RTD civ.* 8/2014, p. 505 et s. ; J.-L. Halpérin, « La suppression de l'expression *"bon père de famille"* », *RTD civ.* 8/2014, p. 536.

« *bonus pater familias* » dans la suit de notre développement, car « *[...] le standard perd un peu de son humanité, pour gagner en froideur, en calcul* »[697].

L'avant-projet Catala[698], à l'article 1353, ainsi que le projet Terré[699] à l'article 5 codifient la jurisprudence et la doctrine et donnent une définition de portée générale à la faute. Ainsi, l'alinéa 2 de l'article 1352 de l'avant-projet Catala prévoit que « *constitue une faute la violation d'une règle de conduite imposée par une loi ou un règlement ou le manquement au devoir général de prudence ou de diligence* ». L'article 5 du projet Terré prévoit que « *la faute consiste, volontairement ou par négligence, à commettre un fait illicite* » (alinéa 1er), le fait étant illicite « *quand il contrevient à une règle de conduite imposée par la loi ou par le devoir général de prudence et de diligence* » (alinéa 2ème).

Les deux projets ont cela de commun qu'ils définissent la faute, mais ils varient quant à la définition retenue. Ainsi, l'avant-projet Catala dit que la faute est « *la violation d'une règle de conduite* », alors que le projet Terré, dans le même article, la définit par la notion de « *fait illicite* » (« *la faute consiste [...] à commettre un fait illicite* »). Ce fait illicite est défini à l'alinéa suivant, alors que l'avant-projet Catala le définit dans un article distinct[700]. Le but des rédacteurs de l'avant-projet Catala était de faire une sorte de préambule aux textes qui allaient introduire les dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle par l'utilisation de la notion de « *fait illicite ou anormal* »[701].

Toutefois, par rapport aux autres droits européens[702] (droit allemand[703], suisse[704], italien[705], grec[706] ou néerlandais[707]) qui prévoient une double condition d'un fait illicite et

---

[697] J. Huet, *loc.cit.*, p. 506.

[698] P. Catala (*dir.*), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Ministère de la Justice, La documentation Française, Paris, 2006, p. 175.

[699] F. Terré (*dir.*), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Dalloz, Paris, 2011, p. 101.

[700] L'art. 1340, al. 1 de l'avant-projet Catala : « *Tout fait illicite ou anormal ayant causé un dommage à autrui oblige celui auquel il est imputable à le réparer* ».

[701] P. Catala, *op.cit.*, p. 171, note n° 1.

[702] J. Deliyannis, *La notion d'acte illicite considéré en sa qualité d'élément de la faute délictuelle*, LGDJ, Paris, 1952, p. 270, 338 et 341.

[703] L'art. 823 du BGB : « *Celui qui, agissant intentionnellement ou par négligence, porte atteinte illicitement à la vie, l'intégrité corporelle, la santé, la liberté, la propriété ou à un autre droit similaire d'autrui, est tenu à réparation du dommage qui en est résulté. La même obligation vise celui qui contrevient à la protection d'une autre loi protectrice. Si une violation de la loi en question est possible sans qu'une faute ne soit nécessaire, le*

d'une faute, en mettant la condition d'un fait illicite au-dessus de celle de la faute, les projets français ne sortent pas de la tradition française qui n'aborde pas les notions séparément, mais comme une conception « *universaliste* » de la faute. Ainsi, la faute a le rôle de sanctionner la violation des règles légales et le devoir général de prudence et de diligence qui s'impose aux parties alors qu'aucune norme du droit ne le dispose. Dans le même esprit, la notion de faute participe à la définition même du licite et de l'illicite.

Le droit roumain diffère en ce qui concerne la deuxième condition de la responsabilité extracontractuelle. Ainsi, on observe l'influence du système romano-germanique sur le droit civil roumain qui consacre la double condition de fait illicite et de faute.

Le « *fait illicite* » dans le système civil roumain est l'une des quatre conditions de la responsabilité civile (préjudice, fait illicite, faute et rapport de causalité). Conformément à l'article 1357 du nouveau Code civil les quatre conditions doivent être remplies cumulativement : « *celui qui cause un préjudice à l'autrui par un fait illicite, commis avec faute, est obligé à le réparer* ». Donc, pour que la partie coupable soit obligée à réparer le préjudice, il faut que le dommage se soit produit par un fait illicite.

---

devoir de réparer le dommage n'intervient qu'en cas de faute. L'illicéité en droit allemand s'évince de l'atteinte portée à un droit absolu (al. 1er) ou de la violation d'une règle de conduite spécifique tendue vers la protection de l'intérêt lésé (al. 2e), en tant que la faute est le manquement à un devoir que l'agent pouvait ou aurait dû pouvoir connaître et observer ».

[704] L'art. 41, al. 1er du C.civ.suisse : « *Celui qui cause, d'une manière illicite, un dommage à autrui, soit intentionnellement, soit par négligence ou imprudence, est tenu de le réparer. Comme en droit allemand, l'illicéité peut résulter soit de l'atteinte à un droit absolu de la victime, soit de la violation d'une norme de comportement protectrice des intérêts de la victime. La faute désigne quant à elle le manquement de la volonté au devoir imposé par l'ordre juridique* ».

[705] L'art. 2043 du C.civ.italien : « *Tout fait intentionnel ou imprudent qui cause à autrui un dommage injuste, oblige son auteur à le réparer* ». L'opinion unanime a été que l'expression « *dommage injuste* » représente le fait illicite.

[706] L'art. 914 du C.civ.grec : « *Celui qui a provoqué à un autre un préjudice d'une manière illicite et coupable est tenu de le réparer* ».

[707] L'art. 1401 du C.civ.néerlandais : « *Tout fait illicite à la suite duquel un préjudice est provoqué à autrui, oblige celui qui en est coupable à le réparer* ».

La doctrine roumaine a défini le fait illicite comme « *tout fait violant les normes du droit objectif, par lequel sont causés des préjudices aux droits subjectifs d'une personne* »[708]. En général, la jurisprudence voit le fait illicite un peu excessif, dans le sens qu'elle retient une responsabilité extracontractuelle pas seulement alors qu'un droit subjectif a été lésé, mais aussi quand on a un préjudice en ce qui concerne certains intérêts particuliers de la personne.

Toutefois, il a été unanimement admis que, dans l'appréciation du caractère d'illicéité, seront examinées les normes juridiques ainsi que les normes de la vie sociale, si elles représentent une continuation de la loi et qu'elles déterminent le contenu, les limites et la manière d'exercer les droits subjectifs reconnus par la loi[709].

Lors de l'analyse du fait illicite, il est tenu compte de la manifestation extérieure de l'attitude consciente et de la volonté de la personne. L'attitude subjective du coupable vis-à-vis de son fait ou, plus précisément, des effets de son fait, n'a aucune pertinence, car seulement par la manifestation extérieure il s'introduira dans le contexte des relations sociales un facteur interdit par lequel la norme du droit objectif sera violée et le préjudice sera produit. Ainsi, le caractère illicite résulte de ce fait extérieur, sans que l'attitude interne, subjective, de l'auteur ait une importance.

Ce n'est donc pas l'intention de prolonger les pourparlers sans avoir le dessein de conclure le contrat, ou de le rompre brutalement, ou de ne pas informer et conseiller l'autre partie faible qui va attirer la sanction, mais c'est la mise en pratique de toutes ces intentions, parce que le préjudice précontractuel sera causé par ce fait illicite.

Pour que la responsabilité civile soit engagée, il faut que le fait illicite soit imputable à son auteur, donc que l'auteur ait agi avec culpabilité.

Ainsi, alors que s'agissant du fait illicite l'on tient compte de la manifestation extérieure de l'attitude consciente et de la volonté de personne, l'étude de la faute met l'accent sur le côté psychologique du fait du coupable. On s'intéresse donc à l'attitude subjective que l'auteur a eu lors de la commission du fait illicite, ainsi qu'à ses conséquences.

---

[708] C. Statescu, C. Birsan, *Drept civil. Teoria generala a obligatiilor* (« *Droit civil. Théorie générale des obligations* »), 9e éd., Hamangiu, Bucarest, 2008, p. 186, n° 135.

[709] M. Eliescu, *Raspunderea civila delictuala* (« *La responsabilité civile délictuelle* »), Editura Academiei, Bucarest, 1972, p. 147 et s. ; T.R. Popescu, P. Anca, *Teoria generala a obligatiilor* (« *Théorie générale des obligations* »), Editura Stiintifica, Bucarest, 1968, p. 179 et s. ; I.M. Anghel, Fr. Deak, M.F. Popa, *Raspunderea civila* (« *La responsabilité civile* »), Editura Stiintifica, Bucarest, 1970, p. 72 et s.

Cette condition de la responsabilité extracontractuelle en droit roumain résulte expressément des dispositions du principe de l'article 16 du nouveau Code civil : « *La personne répond seulement des faits qu'elle a commis intentionnellement ou par faute [non intentionnellement], sauf disposition contraire de la loi* » (alinéa 1er). Et le rôle de condition générale est prévu à l'article 1357, alinéa 1er du nouveau Code civil relatif à la responsabilité extracontractuelle pour son propre fait : « *Celui qui cause à autrui un préjudice par un fait illicite, commis de manière fautive, est tenu de le réparer* ».

Par ces deux textes, les auteurs roumains ont réussi à codifier les deux formes de l'attitude du coupable par rapport à son fait illicite et ses conséquences[710]. Ils ont également réalisé l'uniformisation des termes « *coulpe* » et « *erreur* » utilisés dans l'ancien Code civil en les regroupant sous la notion générale de « *faute* ».

La faute commise dans la phase des négociations libres va s'apprécier, en droit roumain comme en droit français, en comparant l'attitude psychique de l'auteur avec celle d'une personne normale, qui agit en faisant preuve de prudence dans les mêmes circonstances. Inspirés aussi par la doctrine[711] et par la jurisprudence[712] françaises en ce qu'ils affirment que la responsabilité précontractuelle peut être engagée même en l'absence d'intention de produire un préjudice, les auteurs du nouveau Code Civil roumain ont prévu à l'article 1357, alinéa 2 que l'auteur d'un préjudice « *répond même de sa faute non intentionnelle la plus légère* ».

Une autre innovation du nouveau Code civil roumain est d'établir des critères particuliers pour l'appréciation de la responsabilité, critères qui jusqu'à l'apparition du code ont suscité des controverses dans la doctrine et la jurisprudence roumaines. Ainsi, avant octobre 2011, un premier courant doctrinal[713] proposait un critère subjectif d'appréciation de la faute, en tenant compte de la capacité de chaque individu de déterminer les effets de ses actions. Une autre opinion[714], partagée aussi par la jurisprudence, tendait à déterminer la faute

---

[710] L. Pop, *Tabloul general al raspunderii civile in textele noului Code civil. Contributii la studiul obligatiilor civile* (« *Tableau général de la responsabilité civile dans les textes du nouveau Code civil. Contributions à l'étude des obligations civiles* »), Universul Juridic, Bucarest, 2010, p. 440.

[711] J. Schmidt, « La sanction de la faute précontractuelle », *RTD civ.* 1974, p. 46.

[712] Cass. 3e civ., 3 oct. 1974, *Bull.civ*. III, n° 491 ; C.A. Paris, 14 février 1983, *Cal. dr. ent*. 3/1983, p. 13.

[713] T.R. Popescu, P. Anca, *op.cit*., p. 124.

[714] M. Eliescu, *op.cit*., p. 190 et s. ; L. Pop, *op.cit*., p. 442 ; C. Statescu, C. Birsan, *op.cit.*, p. 187.

en considération d'un critère objectif : est coupable la personne qui n'a pas été suffisamment prudente et diligente dans des circonstances où, normalement, une personne de capacité moyenne l'aurait été. La dernière opinion[715] était une opinion mixte : à la base de cet appréciation se trouve le comportement d'une personne normale, « *bonus pater familias* », à laquelle se rajoutent les circonstances extérieures ou propres à chaque individu.

Comme nous l'avons déjà précisé, l'article 1358 du nouveau Code civil roumain a mis fin à la controverse. Ainsi, selon la règle générale imposée par le texte de loi, l'appréciation de la faute tiendra compte « *des circonstances dans lesquelles est survenu le préjudice, étrangères à la personne de l'auteur des faits, ainsi que, le cas échéant, du fait que le préjudice a été causé par un professionnel, dans l'exploitation d'une entreprise* ».

La solution de la loi coïncide avec l'opinion de la doctrine. Les auteurs soutenaient que plusieurs facteurs ne devaient pas être pris en considération, tels que les caractéristiques subjectives du coupable, mais aussi les circonstances réelles qui ont représenté les conditions externes dans lesquelles le fait illicite a été commis, ou encore le comportement de l'auteur qui n'a pas fait preuve de la prudence et de la diligence d'une « *personne normale* » se trouvant dans le même contexte.

§2. Les comportements fautifs

Tout d'abord, il est fait appel à la notion d'« *abus de droit* » de rompre les pourparlers pour justifier la recherche de la faute. La jurisprudence française offre de nombreux exemples où l'un des négociateurs abuse de son droit de rompre unilatéralement les pourparlers à tout moment. Ainsi, la liberté de rompre des relations contractuelles habituelles connaît des limites dans la période précontractuelle et si une partie subit un dommage causé par cet abus, elle aura droit à réparation.

Pourtant, l'idée d'abus de droit ne confère aucune particularité à la faute précontractuelle car elle s'inscrit dans la définition générale de la faute[716]. Ainsi, l'originalité

---

[715] M. Eliescu, *op.cit*., p. 188 ; C. Statescu, C. Birsan, *op.cit*., p.187.

[716] « *[...] la faute comportait deux éléments, un élément objectif consistant dans la violation d'une obligation ou d'un devoir préexistant et un élément subjectif, tenant dans l'aptitude psychologique de l'auteur à comprendre la portée de ses actes et à en discerner les conséquences. Seul subsiste actuellement le premier élément [...]* », M.

résulte du caractère spécifique des relations précontractuelles. On se réfèrera, à titre d'exemple, à l'un des cas les plus anciens où ce critère a permis d'affirmer que la rupture était fautive : elle était intervenue alors que son auteur avait laissé croire à son partenaire que le contrat allait être conclu[717].

Même si le critère de la *confiance trompée* est important dans l'appréciation de la faute, il risque de conduire à une admission trop large de la responsabilité précontractuelle au détriment du principe de liberté de la rupture. Or, le but n'est pas de protéger les parties naïves ou négligentes, mais aussi d'assurer la correction des relations précontractuelles. Donc, les faits fautifs doivent être analysés d'une manière autonome et, seulement sanctionnés, si la confiance de conclure un contrat est « *sérieuse, légitime et prévisible* »[718].

L'espoir de conclure un contrat sera considéré comme légitime ou non selon le caractère plus ou moins avancé des négociations et la qualité de la victime. Ainsi, le degré de confiance augmente au fur et à mesure que les négociations progressent vers l'accord[719].

L'exemple le plus éloquent est celui du retrait prématuré de l'offre de contrat. Puisqu'elle est une proposition sérieuse, précise et ferme de conclure un contrat à des conditions déterminées, la pollicitation confère à son destinataire la maîtrise de la conclusion du contrat[720].

Les éléments qui permettent d'établir le degré de confiance sont : *le délai de réflexion* dont une offre est assortie et *l'identité de son destinataire*.

Dans un premier temps, si l'offre est assortie d'un délai explicitement fixé, le retrait de l'offre par l'offrant, avant l'expiration du délai, peut constituer une faute, car le destinataire peut légitimement croire en son pouvoir d'accepter. De même, pour l'offre qui n'est pas assortie d'un délai fixé par l'offrant. Le destinataire bénéficie d'un délai « *raisonnable* » dont

---

Bacache-Gibeili, *Traité de droit civil. Les Obligations. La responsabilité civile extracontractuelle*, t. V, 2e éd., Economica, Paris, 2012, p. 123.

[717] C.A. Paris, 13 février 1883, *Gaz. Pal*. 1883, 2, 414.

[718] J. Schmidt, *Négociation et conclusion de contrat*, Dalloz, Paris, 1982, p. 108.

[719] Cass.com., 20 mars 1972, *Bull.civ*. IV, n° 93 ; *RTD civ*. 1972, p. 779, obs. Durry ; *JCP* 1973.II.17543, note J. Schmidt.

[720] J.-L. Aubert, *Notion et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, LGDJ, Paris, 1970, n° 166.

toute offre est implicitement assortie[721], même si la durée de ce délai dépend des usages et de la nature du contrat proposé[722].

Un degré plus élevé de confiance apparaît lorsque l'offre est adressée à un destinataire déterminé. Par rapport à l'offre faite au public où chacun des destinataires sait que son acceptation ne sera efficace que si elle est chronologiquement la première, le destinataire est le seul à pouvoir accepter. C'est pour cette raison que le retrait de l'offre publique est rarement fautif.

Un autre élément avec lequel il est possible de mesurer le degré de confiance est *la longueur des pourparlers*. Ainsi, peut être qualifié de fautif un refus d'acceptation intervenu après de longues tergiversations, ou encore le refus de renouveler un contrat, après avoir donné à l'autre partie des raisons d'espérer le renouvellement[723].

Pourtant, la jurisprudence est prudente et veille à ne pas compromettre excessivement la liberté de contracter, s'agissant tout particulièrement des pourparlers entre professionnels. Un arrêt du 14 janvier 1969[724] est très explicite sur ce point : « *on ne saurait admettre, sans porter gravement atteinte à la liberté, qu'un commerçant puisse être responsable pour n'avoir pas donné suite à des pourparlers et pour avoir traité avec un concurrent ; la faute « in contrahendo », en d'autres termes, doit être une faute patente indiscutable* ».

Après l'abus du droit et la confiance trompée, c'est *l'omission d'informer et de renseigner le partenaire sur les éléments importants du contrat* qui constitue un autre comportement fautif.

Toutefois, il convient de remarquer que l'information inexacte emporte rarement application de la responsabilité délictuelle. En effet, ces conséquences se manifestent généralement après la conclusion du contrat et elles sont traitées par l'application du droit des contrats[725]. Ainsi, si la preuve a été faite, le défaut d'information constituera un dol, sanctionné par la nullité du contrat en application de l'article 1116 du Code civil français[726].

---

[721] Cass.com., 11 février 1980, *JCP* 1980.IV.169.

[722] Cass.civ., 15 octobre 1958, *Bull.civ*. I, n° 435.

[723] Cass. 1er civ., 19 janvier 1977, *Bull.civ*. I, n° 36.

[724] C.A. Pau, 14 janvier 1969, *D*. 1969, p. 716 ; Cass.com., 10 juin 1986, *Bull.civ*. IV, n° 123 ; *RTD com*. 1987, obs. J. Hémard et B. Bouloc, p. 570.

[725] J. Schmidt, « La sanction de la faute précontractuelle », *loc.cit*., p. 62 et s.

[726] Cass. 1er civ., 12 novembre 1987, *Bull.civ.* I, n° 293.

En absence d'une telle preuve, le défaut d'information sera vu comme une inexécution contractuelle, comme par exemple un manquement au devoir de renseigner sur les conditions d'utilisation de la chose vendue, l'obligation de garantie des vices cachés, ou encore l'obligation de délivrance[727].

Si l'obligation contractuelle d'informer n'existe pas, le défaut peut être traité par application de la responsabilité délictuelle dès lors qu'il peut être qualifié de fautif.

Pourtant, l'obligation d'informer varie en fonction de la qualité des parties. Si le bénéficiaire de l'information est un professionnel, il doit rechercher l'information lui-même[728]. Au contraire, s'il y a un rapport entre un non-professionnel et un professionnel, le droit protège la partie faible, à savoir le non-professionnel.

En conclusion, on peut dire que conformément au principe de la généralité de la faute en matière délictuelle, une faute quelconque peut être source de responsabilité, qu'elle soit ou non intentionnelle[729]. La rupture peut être fautive même si elle résulte d'une simple négligence et même si elle n'a pas de caractère de gravité[730].

La notion de fait générateur de responsabilité délictuelle étant assez récente en droit roumain, et la doctrine s'étant appuyée sur le modèle français d'analyse de la faute, nous nous bornerons à dire que la loi roumaine, aux articles 1183 et suivants du nouveau Code civil, prévoit des obligations placées sous les auspices des principes de la liberté contractuelle et de la bonne foi. Ainsi, tous les comportements qui portent une atteinte à ces obligations préexistantes dans la phase précontractuelle sont considérés comme des comportements fautifs et ils entraînent la responsabilité de la partie coupable.

Sous-section 2. Les typologies de la faute précontractuelle

---

[727] M. Alter, *L'obligation de délivrance dans la vente de meubles corporels*, thèse, LGDJ, Paris, 1972, p.222.

[728] Cass.com., 25 février 1986, *Bull.civ*. IV, p. 33.

[729] J. Schmidt, *Négociation et conclusion de contrat*, *op.cit*., p. 110, n° 216.

[730] *Ibidem*, p. 111, n° 218.

Aujourd'hui, dans la pratique judiciaire et la doctrine française, il existe deux conceptions radicales de la faute précontractuelle qui s'opposent[731] : la faute dans la rupture, ou faute de négociation (§1), et la faute de rupture (§2).

§1. La faute dans la rupture ou faute de négociation

Selon la première conception de la faute précontractuelle, *la faute dans la rupture*, la rupture des pourparlers ne serait jamais fautive à elle seule. Ainsi, la faute ne résulte pas de la révocation abusive mais des circonstances dans lesquelles celle-ci est décidée[732]. Autrement dit, la faute « *de rupture* » n'existerait pas, car « *l'échec des négociations n'est pas lui-même source de responsabilité. Il n'est que l'expression de la faculté de chacun des négociateurs de conclure ou non le contrat* »[733]. Est donc concevable une faute dans la rupture, c'est-à-dire une faute étrangère à la rupture mais commise ou révélée à l'occasion de la rupture des négociations.

En conséquence, le rôle de la responsabilité de l'auteur n'est pas de replacer la victime dans l'état dans lequel celle-ci se serait trouvée en l'absence de rupture, ni même d'ailleurs dans l'état dans lequel elle se serait trouvée en l'absence de négociation. La responsabilité a pour but de replacer la victime dans l'état dans lequel celle-ci se serait trouvée si la rupture n'avait pas été accompagnée de circonstances fautives[734]. Donc, sera uniquement réparé le préjudice ressenti par la partie déçue à raison de seules circonstances fautives entourant la rupture, et non pas à raison de la rupture elle-même.

Nous pouvons dire, à titre de règle générale : pour que le préjudice causé par une faute dans la rupture soit réparé, il faut démontrer que les frais engagés lors des négociations ne l'auraient pas été sans les circonstances fautives qui ont accompagné la rupture. Pourtant, cette règle ne se vérifie pas toujours.

---

[731] O. Deshayes, « Les dommages précontractuels », *RTD com*. 2004, p. 191.

[732] J.-L. Aubert, « La révocation des organes d'administration des sociétés commerciales », *RTD com*. 1968, p. 977, n° 10 ; P. Reigné, « Révocabilité ad nutum des mandataires sociaux et faute de la société », *Rev. sociétés* 1991, p. 499.

[733] B. Lasalle, « Les pourparlers », *RRJ* 3/1994, p. 849.

[734] O. Deshayes, *loc.cit*., p. 192.

Dans un premier temps, elle ne s'applique pas aux *frais de rupture* car ces frais représentent les dépenses engagées pour trouver une solution de repli après l'échec des pourparlers. Ils ne sont pas liés aux circonstances entourant la rupture (par exemple : brutalité, absence d'intention de contracter, volonté de nuire à la réputation commerciale), ils sont liés à la rupture elle-même[735].

Ensuite, la règle ne permet pas la répétition des *frais de négociation*. L'indemnisation n'interviendra pas quand ces frais ont été engagés à la suite des circonstances fautives entourant la rupture. Il s'agit donc de tous les frais qui n'auraient pas été engagés si la rupture était intervenue plus tôt[736]. En d'autres termes, lorsque la faute consiste à entrer en pourparlers sans aucune intention de contracter, elle sera la source de tous les frais, parce qu'aucune dépense n'aurait été engagée en son absence.

Si l'une des parties invoque un préjudice correspondant à *la perte de chance de conclure le contrat avorté*, comme nous l'avons déjà vu[737], un tel dommage ne peut pas être réparé, en raison de l'absence de lien de causalité. Si les parties ont tout de même rompu les pourparlers, mais sans aucune faute, la perte de chance de conclure le contrat avorté sera toujours présente. Donc, avec ou sans faute, la victime de la rupture perd les gains qu'elle pouvait espérer tirer en cas de conclusion du contrat.

Enfin, il est possible de pouvoir réparer *la perte de chance de conclure d'autres contrats que le contrat avorté*, s'il est prouvé que le dommage est causé par la faute, car la victime aurait eu davantage de temps pour se rapprocher de tiers et éventuellement conclure un contrat. Il est également possible que la faute ait porté atteinte à la réputation et à l'honneur de la victime et qu'elle ait perdu, pour l'avenir, des chances de conclure un contrat satisfaisant avec des tiers.

Pour conclure, on peut dire que la thèse de la faute de négociation a pour conséquence de limiter le dommage réparable à certains frais de négociation et à la perte de chance de conclure un contrat avec un tiers.

[735] *Ibidem*.

[736] Cass.com., 26 novembre 2003, n° 00-10243, *Rev. Lamy droit civil* 1/2004, obs. S. Doireau, p. 7 ; *JCP G* 2004.IV.1153.

[737] *Supra*, p. 153 et s.

§2. La faute de rupture

Dans une deuxième conception qui lie l'indemnisation à la preuve d'une *faute de rupture*, la faute précontractuelle réside dans le fait même d'avoir rompu les pourparlers[738]. Ainsi, on reproche aux parties d'avoir rompu des négociations qu'elles avaient l'obligation de poursuivre.

À la lumière de cette conception, le préjudice prend une caractéristique particulière, car il a été subi à cause de la rupture elle-même. Par conséquent, la responsabilité doit replacer la partie victime dans l'état dans lequel elle se serait trouvée en absence de la rupture, donc dans la position de poursuite des pourparlers[739].

En ce qui concerne les frais qui seront inclus dans le préjudice réparable on distingue les situations suivantes.

Les frais de négociation ne devraient pas être compris dans le préjudice réparable. Ainsi, vouloir indemniser les frais de négociation ainsi que les conséquences provoquées par la rupture représenterait une forme de contradiction et, en même temps, une double indemnisation. En effet, le but de l'indemnisation de ces frais n'est pas de replacer la victime dans la situation qui aurait été la sienne en cas de poursuite des pourparlers.

Ce n'est pas le cas pour *les frais de rupture*. Ils seront indemnisés, car de tels frais ont été engagés à cause de la rupture, pour en limiter les conséquences négatives. Ainsi, la réparation va replacer la victime dans la situation qui aurait été la sienne en l'absence de rupture.

Le meilleur moyen de réparer une faute de rupture et de replacer la victime dans la position qu'elle aurait occupée en cas de poursuite des négociations, est d'indemniser la perte de chance. Pourtant, seule la perte de chance de conclure le contrat projeté doit être indemnisée, et pas celle de conclure un contrat avec un tiers. L'indemnisation d'une telle chance tend à replacer la partie frustrée dans l'état qui aurait été le sien en l'absence de négociation infructueuse et ce n'est pas le cas des frais de rupture.

---

[738] J. Schmidt, « La sanction de la faute précontractuelle », *loc.cit.*, p. 53, n° 10.

[739] A. Laude, *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, thèse, PUAM, Aix-en-Provence, 1992, p. 521 et s., n° 846 et s.

Pour conclure, on peut dire que la thèse de la faute de rupture conduit à limiter le dommage précontractuel réparable aux frais de la rupture et à la perte de chance de conclure le contrat avorté.

Il est unanimement reconnu que la faute cause le préjudice et que le préjudice est causé par la faute. Ainsi, le contenu de l'un dépend de la définition de l'autre. Toutefois, les deux typologies de faute précontractuelle sont opposées. Si l'on exige une faute *dans la rupture*, seront réparés certains frais de négociation seulement, ainsi que la perte de chance de conclure un contrat avec un tiers. À l'inverse, l'indemnisation du préjudice de la faute *de rupture* contiendra les frais de rupture et la perte de chance de conclure le contrat avorté.

On se trouve face à deux solutions envisageables[740] : soit une application exclusive de l'une des deux fautes, soit une solution dualiste consistant à l'application distributive de chacune des deux conceptions.

Dans un premier temps, le choix de l'*application exclusive* de la faute de rupture nous mettrait en contradiction avec le droit positif, car les parties seraient obligées à recommencer les pourparlers et cette « *manière forcée* » de réparer le préjudice porterait une atteinte à leur liberté. Ainsi, la liberté de négocier cèderait la place à l'obligation de poursuivre les pourparlers et de conclure le contrat. La responsabilité changerait de visage : elle deviendrait un moyen de conclure indirectement le contrat.

C'est plutôt le choix de l'application exclusive de la faute de négociation qui présente des avantages. Elle donne la possibilité d'adopter une définition univoque de la faute et du préjudice précontractuel. Grâce à la théorie du consensualisme il pourra être affirmé que lorsque les parties sont tombées d'accord sur les points essentiels du contrat, le contrat sera conclu et, dans cette situation, on sanctionnera la rupture du contrat lui-même et pas la rupture des pourparlers. De plus, en choisissant l'application de la faute de négociation, la frontière entre la phase précontractuelle la phase contractuelle sera toujours respectée.

L'*application distributive* de la faute de négociation et de la faute de rupture, la deuxième option, se ferait en fonction du stade auquel se trouvent les parties au cours des pourparlers.

Ainsi, en présence de négociations peu ou modérément avancées, seule une circonstance extérieure à la rupture elle-même pourrait justifier la mise en jeu de la

---

[740] O. Deshayes, *loc.cit.*, p. 195.

responsabilité[741]. Donc, le préjudice se composerait uniquement des frais de négociation et de la perte de chance de conclure un contrat avec un tiers.

Si les parties étaient à une étape très avancée de pourparlers, autrement dit, si le contrat était sur le point d'être conclu, la rupture des pourparlers pourrait être par elle-même fautive. Le préjudice serait composé des frais de rupture et de la perte de chance de conclure le contrat projeté.

Il a été soulevé[742] que la distinction entre les pourparlers qui ne sont pas assez avancés et les pourparlers très avancés est vague. En outre, la liberté de négocier devrait parfois céder la place à une obligation de conclure le contrat et une telle obligation pèserait sur les parties avant la rencontre de leurs volontés.

La Cour suprême des Pays-Bas[743], par exemple, a divisé la durée des pourparlers en trois stades en fonction de leur état d'avancement. Lors des pourparlers moins avancés, les parties sont libres de rompre les négociations et leur responsabilité n'est pas engagée. Au deuxième stade, la rupture des négociations est possible mais celui qui en prend l'initiative doit indemniser son partenaire des dépenses engagées. Enfin, au dernier stade, la partie coupable est obligée de réparer les entiers préjudices subis par la victime, et notamment la perte du profit attendu de la réalisation du contrat.

Le choix pour une des options (l'application exclusive et l'application distributive) doit se faire en tenant compte du principe de la liberté de négocier des parties, qui ont le droit à tout le moment de rompre, d'une manière non-fautive, les pourparlers. Également, dans l'appréciation du préjudice le *degré d'avancement* des pourparlers est un facteur important et, en fonction du niveau de confiance, la partie coupable doit répondre du dommage causé.

On observe que même si la jurisprudence a évolué favorablement pour admettre que la rupture fautive soit une source de responsabilité civile, elle a posé des limites à la notion de la faute précontractuelle. Ainsi, il faut que la partie rompe loyalement les négociations, en se fondant sur un motif légitime et sérieux.

Il en existe de divers ordres. Ce peut être l'*aléa*. Ainsi, un comédien qui a été sollicité pour jouer un rôle dans un film mais qui a laissé en suspens son acceptation, n'ayant jamais

---

[741] Cass.com., 20 juin 2000, *RJDA* 2000, n° 1068.

[742] *Ibidem*.

[743] Hoge Raad, 18 juill. 1982, *NJ* 1983, 723, note CJHB, « *Plas vs. Municipality of Valburg* » ; Hoge Raad, 24 novembre 1995, *NJ* 1996, 162.

entretenu le producteur dans la certitude de son accord[744]. Ce motif légitime de rupture se rencontre donc lorsqu'une grande incertitude planait *ab initio* sur la conclusion du contrat.

Le *blocage des négociations* peut être aussi une cause justificative de rupture des pourparlers. Ainsi, dans le cas d'un partenaire qui n'a accepté ni expressément, ni tacitement une offre ferme, ni même donné un accord de principe, il est permis de considérer l'offre caduque au fin d'un délai raisonnable[745].

Une autre raison du blocage peut être *le désaccord profond entre les partenaires*. Même si les partenaires ont trouvé un accord sur certains points essentiels, ils ne seront pas tenus de continuer les négociations[746] si un blocage s'est fait jour s'agissant d'autres aspects du contrat définitif. Leurs volontés doivent se rencontrer librement, sans aucune intervention extérieure. Aussi, le défaut de production de la garantie exigée par l'un des partenaires peut être une autre raison de blocage[747].

À des conditions très spécifiques, les *modifications des prévisions* peuvent exclure la responsabilité du partenaire. Quand le futur contrat est basé sur un élément de confiance et que cet élément a disparu, la rupture des négociations peut être justifiée[748]. La modification des prévisions peut en outre constituer un cas de force majeure. Un arrêt de la Cour d'appel de Paris[749] a vu dans la guerre du Golfe un cas de force majeure « *empêchant les sociétés françaises et koweitiennes de se rencontrer, sans pour autant créer une obligation de reprise ultérieure des négociations* ».

Section 2. Les effets juridiques de la faute précontractuelle

Le but de la phase précontractuelle est de préparer le contrat projeté et de conduire à sa conclusion. Comme nous l'avons vu, des fautes peuvent être commises au cours de cette

---

[744] C.A. Paris, 1re ch., 13 décembre 1984, *RTD civ*. 1986, p. 97, note J. Mestre.

[745] C.A. Paris, 25 mars 1994, *JurisData* n° 1994-020947.

[746] C.A. Angers, 25 novembre 1992, *JurisData* n° 1992-0486656.

[747] Cass.com., 17 mai 1989, n° 87-16.936, *JurisData* n° 1989-001721.

[748] C.A. Paris, 1er juin 1995, *JurisData* n° 1995-022850.

[749] C.A. Paris, 19 janvier 1995, *JurisData* n° 1995-020240.

phase. Ces fautes peuvent avoir comme effet l'échec des pourparlers et la non-conclusion du contrat, à moins qu'elles soient mineures, auquel cas les parties peuvent conclure le contrat[750].

Selon l'article 1183 du nouveau Code civil roumain les parties ont la liberté d'initier, de conduire et d'interrompre la négociation à tout moment, si le principe de bonne foi a été respecté. Par contre, si l'échec des pourparlers est dû à la violation du principe de bonne foi, la responsabilité sera engagée et le coupable sera obligé à réparer le préjudice.

Puisqu'elles sont récentes, la doctrine et la jurisprudence roumaines n'ont pas développé de théories propres à cette problématique précontractuelle. Jusqu'à la réforme du Code civil, la doctrine roumaine se limitait à présenter les opinions développées dans le système romano-germanique et le système français, en faisant prévaloir les règles générales de la responsabilité extracontractuelle du droit issues du Code Napoléon. Cela nous conduira à présenter les analyses doctrinales et les solutions proposées par la jurisprudence française, en précisant qu'en règle générale, ces études sont reçues favorablement par le système roumain.

L'examen de la faute précontractuelle ayant empêché la conclusion du contrat (Sous-section 1) précèdera celui de la faute précontractuelle n'ayant pas empêché la conclusion du contrat (Sous-section 2).

Sous-section 1. La faute précontractuelle, obstacle à la conclusion du contrat

Les tribunaux, en tenant compte du degré d'avancement des négociations, ont pour rôle de qualifier les comportements des parties comme fautifs ou non fautifs. Ainsi, les parties doivent manifester une prudence accrue lorsque la conclusion du contrat paraît plus probable. Nous estimons que des différences s'attachent aux effets selon que la faute intervient avant (§1) ou après (§2) l'offre de contracter.

L'absence des règles régissant la phase précontractuelle mais également de jurisprudence roumaine sur ce point avant l'apparition du nouveau Code civil roumain

[750] J. Schmidt, « La sanction de la faute précontractuelle », *RTD civ*. 1974, p. 50, n° 4 ; J. Schmidt, *Négociation et conclusion de contrat*, Dalloz, Paris, 1982, p. 5.

(octobre 2011) n'a pas empêché la doctrine[751], inspirée par les auteurs français, d'émettre certaines opinions à propos de notre sujet d'étude.

§1. Les effets de la faute antérieure à la pollicitation

Au cours des pourparlers les parties ne sont soumises à aucune obligation légale et la conduite des négociations est gouvernée par le principe de la liberté contractuelle.

Il est admis, en général, que le fait de l'une des parties empêchant la conclusion soit sanctionné. La technique applicable fait en revanche débat.

Un courant doctrinal propose d'appliquer aux fautes commises les règles de la responsabilité contractuelle. Au cœur de ce courant se trouve la théorie d'Ihering[752]. Elle suppose qu'entre les parties aux pourparlers existe une convention tacite, aux termes de laquelle chacune d'elles s'engagerait à préserver la « *diligentia in contrahendo* » et à répondre envers l'autre de toute faute commise à l'occasion des négociations.

Cette théorie a été critiquée : elle a été accusée de reposer sur un raisonnement fictif et divinatoire. L'erreur de conduite dommageable commise avant l'offre de contracter ne pourrait ainsi être saisie que par les voies de la responsabilité civile délictuelle.

Selon la jurisprudence française, la réparation du préjudice causé par la rupture fautive des pourparlers se fait en application des règles de la responsabilité civile délictuelle[753].

La réparation se fait toujours par équivalent et ne peut pas consister en la conclusion du contrat car aucune des parties n'a manifesté une volonté ferme et définitive de le conclure ; en outre, les conditions du contrat n'ont pas été suffisamment précisées.

La doctrine a également dégagé des critères généraux pour la mise en œuvre de la responsabilité civile[754]. Ainsi, la responsabilité peut sanctionner *la violation de l'obligation*

---

[751] S. Golub, « Obligatiile precontractuale in cadrul contractului de vanzare-cumparare » (« *Les obligations précontractuelle dans le cadre du contrat de vente* »), *Rev. Curentul « Juridic »*, anul X, nr. 1-2 (28-29), Bucarest, 2007 (http://revcurentjur.ro/arhiva/attachments_200712/recjurid071_29F.pdf).

[752] B. von Ihering, *Œuvres choisies*, t. II, traduction Meulenaere, 1893, p. 23.

[753] C.A. Paris, 13 février 1883, *Gaz. Pal*. 1883.II.414 ; Cass.com. 20 mars 1972, *Bull. civ*. IV, n° 93, p. 90 ; *RTD civ*. 1/1972, p. 779, obs. G. Durry.

[754] J. Schmidt, « La sanction de la faute précontractuelle », *loc.cit.*, p. 52, n° 9.

générale de bonne foi qui s'applique non seulement à l'exécution du contrat, mais aussi à sa formation[755]. La recherche de la faute se fait, comme nous l'avons déjà évoqué, par la comparaison du comportement suspect à celui d'un homme normalement prudent placé dans les mêmes circonstances.

La rupture peut révéler une *faute antérieure* à l'offre de contracter. Les pourparlers seront alors inéluctablement interrompus. La négociation peut par exemple avoir été initiée de manière fautive. C'est le cas quand une partie entre en pourparlers de mauvaise foi ou à la légère, sans avoir l'intention sérieuse de contracter, en faisant « *miroiter aux yeux de l'autre partie l'espérance d'une convention et de refuser, ensuite, de la réaliser* »[756]. Il en va de même lorsque le négociateur n'était pas encore titulaire du droit négocié, ni certain de l'acquérir, et qu'il s'est comporté comme s'il l'était sans avertir le partenaire de la faible probabilité de la conclusion du contrat en raison de sa situation juridique.

L'*entretien fautif de la négociation* peut également être sanctionné. Il suppose qu'une partie laisse l'autre engager des dépenses en vue de la conclusion du contrat alors qu'elle n'a plus l'intention sérieuse de contracter[757]. L'auteur de la rupture ne sera toutefois pas responsable si la victime a engagé les dépenses à la légère, sans qu'il soit prouvé qu'une chance sérieuse de conclure le contrat est née des négociations.

Enfin, *la faute peut résider dans la rupture elle-même*. Nous avons déjà analysé ce type de faute ; nous nous bornerons à rappeler ici que le refus de réaliser le contrat par « *pur caprice* » est sanctionné[758]. La responsabilité peut ainsi être engagée lorsque le refus de contracter à l'issue des négociations intervient de manière arbitraire, de mauvaise foi ou contrairement aux usages et à l'équité. La Cour de cassation ajoute qu'est sanctionnable le fait d'avoir « *rompu sans raison légitime, brutalement et unilatéralement les pourparlers avancés* »[759].

Lorsqu'une des parties ou toutes les parties sont des professionnels, il convient de nuancer l'application de ces principes généraux. Si le professionnel est l'auteur de la rupture,

---

[755] C.A. Pau, 14 janvier 1969, *D*. 1969, p. 716.

[756] C.A. Rennes, 8 juillet 1929, *D.H*. 1929, 548.

[757] C. Coherier, *Des obligations qui naissent des pourparlers préalables à la formation des contrats*, thèse, Paris, 1939, p. 171.

[758] C.A. Rennes, 8 juillet 1929, *préc*.

[759] Cass.com., 20 mars 1972, *préc*.

alors que son partenaire est non-professionnel, le caractère fautif de la rupture est plus facile à admettre. Si les négociations se déroulent entre deux professionnels, le repère de « *conduite d'un homme normal* » se mue en « *conduite d'un bon professionnel* »[760]. Ainsi, la jurisprudence[761] exige une « *faute patente, indiscutable* », c'est-à-dire une faute d'une gravité supérieure.

Il convient de relever que le préjudice que peut subir un professionnel est généralement plus difficile à admettre, car l'espoir de conclure le contrat définitif est plus limité : un professionnel ne peut raisonnablement espérer voir aboutir toutes les négociations qu'il entreprend. La conduite de pourparlers fait partie de son activité économique et constitue en quelque sorte un « *risque d'entreprise* » dont les pertes sont prévues et couvertes par les « *frais généraux* »[762].

La faute peut encore intervenir postérieurement à l'offre.

§2. Les effets de la faute postérieure à la pollicitation

Cette hypothèse embrasse deux situations distinctes selon que l'échec du contrat est dû *au retrait fautif de l'offre* ou *au refus fautif de l'acceptation*.

Précisons pour commencer que, dès que l'acceptation rejoint l'offre, le contrat est formé. La résistance de l'offrant s'analyse alors en un refus d'exécuter le contrat. Tant que l'offre n'est pas parvenue à la connaissance du destinataire, elle peut donc être librement rétractée, car elle n'a créé aucun pouvoir d'acceptation. Le problème est donc de déterminer si, tant que l'acceptation n'est pas intervenue, l'offrant demeure libre de disposer de son offre en la retirant ou s'il est obligé de la maintenir pour une période de temps.

L'obligation de maintien de l'offre ne se conçoit qu'avec un fondement juridique. Une partie de la doctrine[763] a proposé de justifier l'obligation de maintien de l'offre par l'existence d'un avant-contrat, et de sanctionner le retrait selon les règles de la responsabilité contractuelle. L'offrant proposerait de maintenir l'offre pendant un certain délai, proposition

---

[760] J. Schmidt, *op.cit.*, p. 54.

[761] C.A. Pau, 14 janvier 1969, *préc*.

[762] C.A. Colmar, 5 décembre 1928, *Rev. juridique d'Alsace-Lorraine* 1929, p. 364.

[763] C. Demolombe, *Cours de droit civil français*, t. II, Durant et Pedone Lauriel, Paris, 1869, § 49.

que le destinataire serait censé accepter spontanément puisqu'elle était faite dans son intérêt exclusif. Le droit positif français n'a jamais admis cette théorie qui se fonde sur la fiction de l'accord de volontés. Toutefois, la Cour de Colmar a jugé « *qu'une offre peut être considérée comme obligatoire pour celui qui la formule même avant l'acceptation de celui auquel elle est destinée, dès lors qu'il résulte d'un accord exprès ou tacite, mais indiscutable, qu'elle a été formulée pour être maintenue pendant un délai déterminé* »[764]. À l'exception de ce cas spécifique, il ne paraît pas possible d'admettre, de façon générale, que l'offre doive être maintenue en vertu d'un avant-contrat.

Une autre partie de la doctrine[765] ne pense pas que l'obligation au maintien de l'offre a sa source dans un engagement unilatéral de volonté de l'offrant. Selon ce courant, il existe deux catégories de propositions : l'offre, émise sans précision de délai et/ou à personne indéterminée, et la *pollicitation*, offre assortie d'un délai et adressée à une personne déterminée. La première est un simple fait juridique et elle n'engendrerait aucune obligation pour son auteur, tandis la seconde serait un engagement unilatéral, par lequel l'offrant s'obligerait à maintenir sa proposition pendant le délai fixé.

Une telle obligation peut conduire à une confusion entre le régime de l'offre et celui de la promesse unilatérale du contrat. Pourtant, ces deux situations doivent être bien distinguées. Dans la promesse de contracter, le promettant a déjà donné son consentement au contrat promis et, en cas de non respect de la promesse, il sera appliqué une responsabilité d'origine contractuelle. En revanche, dans le cas de l'offre du contracter, le pollicitant n'a conclu avec le destinataire aucun avant-contrat et demeure libre de ne pas contracter jusqu'à ce que l'accord ne soit scellé par l'acceptation.

Cette théorie n'a jamais été admise par la jurisprudence. Ainsi, la Cour de cassation a décidé « *qu'une offre étant insuffisante pour lier par elle-même celui qui l'a faite, elle peut, en général, être rétractée tant qu'elle n'a pas été acceptée valablement* »[766].

Nous nous rallions pour notre part à la théorie la plus répandue, qui propose de sanctionner la faute consistant en un exercice abusif du droit de rétracter l'offre. La révocation de l'offre révèle la faute qui a consisté à émettre une offre alors que l'on n'avait pas la volonté

---

[764] C.A. Colmar, 4 février 1936, *D.H.* 1936, p. 187.

[765] J.-L. Aubert, *Notion et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, LGDJ, Paris, 1970, p. 212 et s.

[766] Cass.civ., 3 févr. 1919, *D*. 1923.1.126.

ferme de conclure le contrat. Ainsi, le retrait de l'offre peut être fautif et, puisqu'aucune sanction spécifique n'est possible, la sanction se fait par application des règles de la responsabilité délictuelle.

En général, la faute consiste à révoquer l'offre alors que le destinataire pouvait encore légitimement compter sur son maintien. Comme dans le cas de la rupture des pourparlers, la faute consiste à tromper la confiance dans la conclusion du contrat projeté créée chez le partenaire. Le degré de confiance créé par l'offre est plus élevé, car le destinataire de l'offre peut légitimement croire en son pouvoir de former le contrat par l'acceptation.

Le degré varie selon que l'offre est ou non assortie d'un délai précis. Ainsi, lorsque la pollicitation comporte un délai précis d'acceptation, le bénéficiaire de l'offre peut, pendant ce temps, croire qu'il est maître de la formation du contrat et prendre toutes les mesures utiles en vue de sa conclusion. Le fait de retirer l'offre avant l'expiration du délai constitue une erreur de conduite que n'aurait pas commise un pollicitant prudent.

Quand l'offre est adressée à une personne déterminée, le degré de confiance est plus élevé encore, car la personne en question se voit seule à pouvoir accepter l'offre. Ce n'est pas le cas d'une offre adressée au public. Lorsque l'offre est adressée à un groupe de personnes défini par un certain nombre de caractéristiques communes, le degré de confiance est moindre. En ce cas, seule la première acceptation d'un destinataire, partie du groupe envisagé par les caractéristiques de l'offre, peut faire naître le contrat.

Par ailleurs, l'expiration du délai dont est assortie l'offre la rend caduque : l'offrant est donc dégagé de toute responsabilité, sans qu'il lui incombe de faire la preuve de la révocation de l'offre[767].

Lorsque l'offre est formulée sans délai, l'offrant ne peut pas la rétracter en toute liberté. La jurisprudence a admis que toute offre comporte implicitement un *délai raisonnable* d'acceptation qui varie selon les circonstances de l'affaire et les usages. Pendant ce délai, l'offre doit être vue comme assortie d'un délai fixe. L'offrant a donc le devoir de la maintenir jusqu'à l'expiration du délai.

Le bénéficiaire de l'offre peut adopter plusieurs attitudes, car le principe de liberté contractuelle lui donne le choix de contracter ou de ne pas contracter. Ainsi, il peut rester entièrement passif. Son silence ne vaut pas acceptation, à l'exception de certaines hypothèses exceptionnelles. Le destinataire de l'offre peut, également, répondre par une contre-offre,

---

[767] Cass.civ., 7 février 1870, *Bull.civ*. I., n° 179 ; J.L. Aubert, *op.cit*., p. 129, n° 12.

proposant de contracter à de nouvelles conditions. Il peut également y répondre par un refus pur et simple, ce qui met fin à la négociation, sauf pour l'offrant à renouveler sa proposition en en modifiant les modalités.

Il peut arriver que la réponse négative du destinataire cause à l'offrant un préjudice, par exemple les frais occasionnés par la négociation et les études préalables auxquelles l'offrant avait fait procéder, ou la perte de la chance de conclure le contrat avec un tiers. Lorsque nous avons étudié le préjudice, nous avons vu que seule une partie des dommages répondant à certaines conditions seront réparés.

Se pose la question de savoir si le refus d'acceptation peut, dans certains cas, être une faute source de responsabilité.

Avant 1972, la doctrine pensait que la faculté d'accepter ou non l'offre était discrétionnaire. Elle refusait d'admettre qu'un contrôle judiciaire pût s'exercer sur le comportement du destinataire de l'offre. Depuis l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 20 mars 1972[768], il est admis, de façon générale, que toute rupture fautive de pourparlers engage la responsabilité de son auteur.

En principe, le refus d'acceptation est fautif s'il aboutit à tromper la confiance légitime du partenaire. Ce serait par exemple le cas d'un destinataire de l'offre qui aurait fait espérer à l'offrant la conclusion du contrat et aurait prolongé les pourparlers en vue de préparer cette conclusion, pour ensuite la refuser. Ainsi, la faute préjudiciable sanctionnée est « *l'initiation, l'entretien et la déception d'une confiance excessive* »[769].

La phase de formation du contrat a comme but de mettre au point l'accord projeté et de conduire à sa conclusion effective. Dès que le contrat est formé, il n'y a plus qu'à en obtenir l'exécution. D'éventuelles fautes seraient sanctionnées au moyen des règles relatives à la responsabilité contractuelle car elles seraient liées à l'inobservation du contrat qui lie les parties.

Pourtant, il est possible que les fautes commises durant la période de formation manifestent leurs effets après la conclusion du contrat. Ainsi, il peut arriver qu'une des parties conteste la validité de la conclusion ou les conditions auxquelles elle a été conclue, dans la mesure où le contrat acquiert sa spécificité au stade préparatoire où il est possible que les fautes commises durant la période de formation manifestent leurs effets après la conclusion.

---

[768] Cass.com., 20 mars 1972, *préc*.

[769] J. Schmidt, « La sanction de la faute précontractuelle », *RTD civ*. 1974, p. 61.

Plus précisément, le problème qui se pose est de savoir s'il est possible de tenir compte et de sanctionner après la conclusion du contrat les fautes commises à l'occasion des pourparlers.

Sous-section 2. La rétroactivité de la faute précontractuelle

Sur ce point, la faute peut très certainement être retenue puisque la loi propose elle-même une sanction de nullité en cas de vice au stade de la formation du contrat. Ainsi, pour qu'un contrat soit valablement conclu, le consentement des parties doit être donné par une volonté éclairée et libre. Si l'une des parties n'a pas décidé en connaissance de cause, ou a subi une pression, son consentement, sans être inexistant, est vicié et le contrat sera annulable[770].

Toutefois, la sanction des fautes précontractuelles ne s'identifie pas à celle des conditions de formation prescrites par le Code civil. Alors, puisqu'il y a deux fautes distinctes, est-ce qu'il est possible de cumuler l'action en annulation du contrat et l'action en réparation de la faute précontractuelle ?

La doctrine[771] a identifié deux situations qui offrent deux réponses à cette interrogation, selon que la faute a été commise à l'occasion de la mauvaise formation du contrat (§1), ou selon qu'elle l'a été de façon indépendante (§2).

§1. La faute précontractuelle commise au moment de la formation viciée du contrat

L'annulation des contrats a comme principale cause les vices du consentement. Les articles 1109 et suivant du Code civil français prévoient quatre vices de consentement : l'erreur, le dol, la violence et la lésion. L'erreur et la lésion sont des *vices spéciaux* qui ne peuvent être invoqués et provoquer l'annulation d'un contrat que dans certaines hypothèses (l'erreur n'est retenue que lorsqu'elle porte sur certains éléments ; la lésion ne joue que pour certains contrats sous certaines conditions). Le dol et la violence sont des *vices généraux* qui peuvent être invoqués et provoquer l'annulation d'un contrat en toutes situations et

---

[770] J. Carbonnier, *Droit civil, Les biens. Les obligations*, vol. II, PUF, Paris, 2004, p. 1989.

[771] J. Schmidt, *loc.cit.*, p. 62 et p. 68.

circonstances. Leur domaine d'intervention est plus large et ils sont plus faciles à prouver que l'erreur.

Mais, en définitive, dès que la volonté de l'une des parties a été viciée le contrat doit être annulé. Ainsi, au déclenchement de l'action en annulation, la présence d'une faute précontractuelle n'est pas essentielle. La jurisprudence a rendu de nombreuses décisions qui constatent, par exemple, la bonne foi de l'errans et ne prononcent pas l'annulation du contrat[772]. Donc, l'annulation du contrat ne nécessite pas la caractérisation d'une faute.

Toutefois, il est plus facile d'établir la « *mauvaise formation* » du contrat conclu lorsqu'elle est due à une faute commise à l'occasion de la formation. C'est le cas des erreurs provoquées par des manœuvres du cocontractant, du dol. Elle se rencontre à deux moments : lors de la formation du contrat et lors de l'exécution du contrat. Seule cette première relève de notre sujet.

Ainsi, par dol on entend « *toute ruse, tromperie, manœuvre, employée pour induire une personne en erreur et la déterminer à contracter* »[773], c'est-à-dire qu'il résulte d'une faute précontractuelle. La définition donne l'impression qu'entre dol et erreur il y a un rapport. Le dol n'atteint ses fins qu'en créant une erreur et c'est par là qu'il vicie le consentement. Mais, c'est seulement une impression, car la nullité prévue à l'article 1116 diffère sur deux points de celle prévue à l'article 1110 du Code civil[774]. La nullité qui sanctionne un dol, dans un premier temps, est plus facile à obtenir. Par exemple, le dol qui se matérialise dans des agissements, se prouve plus aisément que l'erreur, phénomène purement interne. Ensuite, la nullité pour dol peut être obtenue dans des cas où celle pour erreur ne pourrait pas l'être, car les erreurs indifférentes à la validité du contrat en justifieront l'annulation lorsqu'elles auront été déterminées par un dol. Une autre différence est faite par la loi. Elle est plus protectrice pour la victime d'un dol que pour le contractant qui a commis une erreur.

En considérant que l'annulation pour dol sanctionne le comportement déloyal d'un contractant, la jurisprudence en a largement étendu le domaine. Dans deux arrêts de 1971[775], la Cour de cassation admet le silence dolosif s'il y a l'élément intentionnel de tromperie. Ainsi,

---

[772] Cass.civ., 24 juin 1867, *D. P*. 1867. 1. 248 ; Paris, 9 janvier 1849, *D. P*. 1849. 2. 67., 1er déc. 1877, S. 1877. 2. 325.

[773] J. Carbonnier, *Droit civil, Les biens. Les obligations*, vol. II, PUF, Paris, 2004, p. 1992.

[774] *Ibidem*.

[775] Cass.civ., 15 janvier 1971, *D*. 1971, Somm. 148 ; 5 juin 1971, *Bull. I*, n° 182, p. 152.

le dol « *peut être constitué par le silence d'une partie dissimulant à son contractant un fait qui, s'il avait été connu de lui, l'aurait empêché de contracter* »[776].

Parfois, la jurisprudence présente une attitude excessive. Elle érige l'action en annulation en sanction directe de la faute précontractuelle dans tous les cas de tromperie commis par le défendeur, même en l'absence d'une erreur provoquée qui a causé la formation défectueuse du contrat[777]. Cependant, cette attitude a été vivement critiquée[778]. Le dol est ainsi seulement sanctionné si l'attitude malhonnête de son auteur a provoqué un vice du consentement chez son partenaire. L'annulation ne sera possible en conséquence que si la faute a été la source de la mauvaise formation, la présence d'une attitude malhonnête ne pourra, à elle seule, justifier l'annulation du contrat.

Un autre fondement peut être *la crainte éprouvée* par le cocontractant, le demandeur en annulation[779]. Il a été démontré que la crainte toute seule n'est pas une cause de nullité. Le Code civil à l'article 1112 vise la violence et non la crainte, en affirmant qu'il n'y a pas de vice de consentement en dehors d'une action répréhensible d'autrui[780]. La jurisprudence a étendu le domaine d'application de la nullité et a mis l'accent sur la psychologie de la victime. Elle exige en plus que la violence ait eu un rôle déterminant dans la conclusion du contrat, qu'elle doit être appréciée *in concreto* dans la personne de la victime[781], en fonction des facultés de chacun[782]. La violence est donc inopérante à elle seule si elle n'a pas provoqué un vice du consentement.

La lésion s'approche de la situation de violence dans la mesure où le déséquilibre des prestations fait présumer la volonté viciée du contractant lésé. Le comportement fautif de l'une des parties exploitant l'état de contrainte ou d'ignorance dans laquelle se trouve l'autre représente la cause du contrat lésionnaire. L'action en annulation du contrat est, ainsi, influencée par la présence d'une faute précontractuelle du défendeur.

---

[776] *Ibidem*.

[777] C.A. Colmar, 30 janv. 1970, 297, E. Alfandari.

[778] J. Schmidt, *loc.cit*., p. 64, n° 30.

[779] *Ibidem*.

[780] P. Roubier, *Essai sur la responsabilité précontractuelle*, thèse, Lyon, 1911, p. 186.

[781] Cass.civ., 18 mai 1966, *Bull.civ.* I, n° 304, p. 233.

[782] Cass.civ., 25 mai 1964, *D.* 1964, 626 ; N. Dejean de Labatie, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, LGDJ, Paris, 1965, p. 230.

L'existence d'une faute précontractuelle peut influencer l'action en annulation. Il est logique de se demander alors si, à l'occasion d'une action en annulation, il sera possible de tenir compte de la faute précontractuelle commise par le défendeur et, ainsi, de la sanctionner et de l'ajouter à l'action en annulation comme une double sanction ?

Lorsque le vice du consentement a pour origine une faute précontractuelle, la pratique des tribunaux a montré que l'auteur du dol[783] ou de l'acte de violence[784] a l'obligation d'indemniser, par des dommage-intérêts, la victime du préjudice qu'elle a subi par l'annulation du contrat. L'auteur sera puni si la mauvaise formation du contrat tient à l'inobservation d'une condition de forme prescrite par la loi[785] ou si l'objet est impossible, illicite ou hors du commerce, ou si la cause est illicite ou immorale[786].

En revanche, si l'action en annulation peut prospérer lorsque la faute précontractuelle a seulement accompagné la formation du contrat, sans l'avoir provoquée, il y a une partie de la doctrine[787] qui refuse d'accorder des indemnisations et une autre qui les accorde[788].

En conclusion, on peut dire que l'annulation du contrat à cause de la mauvaise formation ne sera pas dépendante de la faute précontractuelle, mais elle influencera l'action en annulation, voire fondera une action en réparation.

Classiquement, la faute précontractuelle est imputable au défendeur à l'action en annulation. Il y a cependant la situation où la faute est due au demandeur à l'action.

Dans certaines situations, la faute précontractuelle commise par le demandeur a pour conséquence d'altérer les effets de l'annulation du contrat. Ainsi, en cas de mauvaise foi du contractant, lorsque la nullité est prononcée pour immoralité de la cause. Dans cette situation, la règle « *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* » (« *nul ne peut se prévaloir de sa*

---

[783] C.A. Rouen, 19 octobre 1962, *Gazz. Pal*. 1963.I.37 ; C.A. Aix, 25 mars 1967, *D.* 1968, Somm. 69 ; Cass.civ. 29 novembre 1968, *Gaz. Pal*. 1969.I.63.

[784] Cass.civ., 3 novembre 1959, *D*. 1960, 187.

[785] C.A. Paris, 12 décembre 1879 et Req. 10 août 1880, S. 1882.1.31 ; Cass.com., 6 juillet 1970, *Rev.soc*. 1971, 191, note J. Hemard.

[786] Cass.civ., 11 février 1878, *S.* 1879.1.196 ; C.A. Dijon, 13 février 1893, *S*. 1894.2.144 ; CE 4 mars 1900, Rec. 193.

[787] H. et L. Mazeaud, L. Mazeaud et F. Chabas, *Leçon de droit civil*, *Obligations. Théorie générale*, t. II, vol. 1er, 9e éd., Montchrestien, Paris, p. 152, n° 188.

[788] J. Ghestin, *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, LGDJ, Paris, 1971, p. 123, n° 101.

propre turpitude ») bloque les restitutions qui devraient, normalement, résulter de l'anéantissement. Dans d'autres situations, la sanction est plus prégnante et l'annulation du contrat n'est pas prononcée.

La jurisprudence ne s'est pas limitée à rechercher la sanction parmi les caractéristiques de l'erreur. Elle a élargi ainsi le champ de la recherche, en faisant appel à la théorie d'« *erreur inexcusable* »[789]. Ainsi, « *lorsqu'elle est inexcusable, c'est-à-dire facile à éviter, l'erreur cesse d'être une cause de nullité, même si elle porte sur les qualités substantielles : de non vigilantibus non curat praetor* »[790].

Pourtant, la jurisprudence et la doctrine françaises affirment que, même inexcusable, une erreur de droit entraîne la nullité du contrat[791]. En effet, la doctrine considère l'erreur inexcusable comme la conséquence d'une faute de l'errans[792]. Même s'il y a un courant doctrinal minoritaire[793], qui considère que la faute, pour être sanctionnée, doit être lourde, d'une extrême gravité, la plupart des auteurs, ainsi que la jurisprudence retiennent une opinion contraire. Une simple négligence suffit pour engager l'annulation. Ce sera, en quelque sorte, une sanction préventive, car le juge peut retenir la responsabilité civile en prévention des comportements futurs de l'auteur du dommage[794].

L'annulation du contrat pour dol ou violence peut également être refusée lorsque le demandeur s'est laissé surprendre par un *dolus bonus* ou s'il pouvait résister à la violence[795].

Une autre situation est celle où l'annulation est demandée au titre d'une incapacité que le demandeur a dissimulée par des manœuvres frauduleuses. Une manière de résoudre cette situation peut être la dissociation entre la sanction de la mauvaise formation du contrat et celle de la faute précontractuelle du demandeur après l'annulation du contrat et la condamnation de l'incapable fautif à des dommages-intérêts. Pourtant, il est préférable de combiner les deux

---

[789] *Ibidem*, n° 120 et s.; Cass.civ., 2 mars 1964, *Bull.*civ. I, n° 122, p. 91, obs. J. Chevallier ; *RTD civ*. 1965, 112, n° 2.

[790] P. Malaurie, L. Aynès, P. Stoffel-Munck, *Droit civil. Les obligations*, 6 éd., LGDJ, Paris, 2013, p. 247, n° 506.

[791] *Ibidem*.

[792] J. Ghestin, *op.cit.*, n° 125.

[793] J. Dabin, « Erreur inexcusable et nullité des conventions », *in Etude de droit civil*, Bruxelles, 1974, p. 47 et s.

[794] C. Sintez, *La sanction préventive en droit de la responsabilité civile. Contribution à la théorie de l'interprétation et de la mise en effet des normes*, thèse, Université de Montréal, 2009, p. 453.

[795] P. Roubier, *op.cit*., p. 228 et s.

sanctions[796]. Ainsi, à l'incapable on refusera l'annulation protectrice, en évitant de produire un préjudice dû à la disparition du contrat à son cocontractant.

La question qui se pose, comme pour la situation du défendeur, est de savoir s'il est possible d'ajouter aux sanctions prévues par la loi la sanction de la faute précontractuelle commise par le demandeur. En général, la faute précontractuelle du demandeur sera sanctionnée par le refus de l'action en annulation. Si l'annulation du contrat est impossible, le cocontractant ne connaîtra pas le préjudice que lui aurait occasionné l'annulation de l'accord.

Pourtant, il a été largement admis que le défendeur pourra agir en réparation dans toutes les hypothèses d'annulation qui lui sont préjudiciables, pour autant que sa faute ne s'ajoute pas à celle du demandeur. Il en est de même lorsque les parties à un contrat, qui a été annulé pour illicéité de l'objet ou contrariété à l'ordre public et aux bonnes mœurs, connaissaient le vice de leur convention.

Pour le cas particulier du contrat annulé pour incapacité dissimulée par le demandeur sans employer de manœuvres dolosives, la doctrine a unanimement refusé au partenaire de l'incapable des dommages-intérêts de ce chef[797]. Le motif est le fait que le cocontractant de l'incapable a commis une faute en se contentant de l'affirmation de capacité sans la vérifier alors que la publicité organisée par la loi lui en donne le moyen.

§2. La faute précontractuelle indépendante de la formation viciée du contrat

Une faute précontractuelle qui n'a pas empêché la conclusion du contrat et qui n'a pas accompagné la mauvaise formation consiste, en général, dans le fait d'une partie de renseigner insuffisamment son partenaire sur les éléments de la convention. Ses conséquences se manifestent après la conclusion du contrat et elles privent l'autre partie d'obtenir de l'accord les avantages économiques espérés[798].

---

[796] J. Schmidt, *loc.cit.*, p. 67, n° 37.

[797] H. et L. Mazeaud, A. Tunc, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. I, 5e éd., Montchrestien, Paris, 1958, p. 167, n° 133.

[798] J. Schmidt, « La sanction de la faute précontractuelle », *RTD civ*. 1974, p. 68, n° 39.

Compte tenu du fait que la faute a été commise avant la conclusion du contrat mais que ses conséquences se sont manifestées après, il est intéressant d'analyser quel système de sanction sera appliqué.

Dans un premier temps, il est possible de sanctionner la faute par les mécanismes contractuels. Ainsi, la loi sanctionne la non-communication de certains renseignements à propos du contrat de vente de fonds de commerce, d'assistance en mer ou d'assurance[799]. La bonne ou la mauvaise foi n'influence pas les deux premiers contrats, contrairement au contrat d'assurance. Si, par exemple, au cours du contrat certaines informations données par l'assuré se révèlent être inexactes, l'assureur a la possibilité de rétablir la proportionnalité de la prime au risque réel en provoquant une révision du contrat sur ce point. La situation peut s'aggraver si l'inexactitude de l'information provient d'une dissimulation opérée par l'assuré avant la conclusion du contrat, donc d'une faute précontractuelle. Dans cette situation, la sanction consiste dans la nullité ou, d'après certains auteurs, la résolution[800] du contrat et l'attribution à l'assureur à titre d'indemnité de toutes les primes encaissées ou échouées.

Un mécanisme similaire, se retrouve pour l'obligation de garantie. Son rôle est de renforcer l'exécution de l'obligation principale et « *de rendre, par là, le créancier certain de la réalisation concrète de l'engagement de son débiteur* »[801]. Même si sa nature est contractuelle et qu'elle est indépendante dans son existence, comme dans son contenu, de tous événements antérieurs à la conclusion du contrat, le droit positif sanctionne la faute précontractuelle qui l'aggrave. Ainsi, la mauvaise foi du garant, qui consiste dans la dissimulation d'un vice ou d'un risque de trouble connu, a pour conséquence de rendre inefficaces les clauses de non-garantie.

Donc, les mécanismes légaux de nullités, clauses pénales d'origine légale, obligation de garantie, donnent la possibilité, pour certaines situations, de sanctionner la faute précontractuelle, faute qui consiste dans la non-communication de renseignement sur quelques éléments visés au contrat.

---

[799] A.-R. Werner, *Traité de droit maritime général. Éléments et système, définitions, problèmes, principes*, Libraire Droz, Genève, 1964, p. 359.

[800] G. Ripert, *Droit maritime*, 3e éd., t. II, Dalloz, Paris, 1939, n° 2415.

[801] B. Gross, *La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats*, LGDJ, Paris, 1963, p. 193, n° 201.

Une autre possibilité est de sanctionner la faute sur le terrain extracontractuel. Cette technique permet de sanctionner une faute précontractuelle qui ne présente ni le caractère déterminant, ni le caractère malveillant requis pour l'annulation du contrat.

Ainsi, en est-il d'une partie qui, en dissimulant volontairement certains éléments du contrat, a amené son partenaire à consentir à des conditions plus onéreuses. Classiquement[802], la victime ne pouvait pas agir en nullité du contrat mais, seulement, en réparation du dommage causé par un tel dol. Toutefois, la doctrine contemporaine[803] et la jurisprudence actuelle[804] donnent au demandeur une option entre l'action en annulation et celle en réparation.

En ce qui concerne la sanction d'une faute précontractuelle qui ne présente pas le caractère malveillant on distingue deux points de vue.

Premièrement, la doctrine classique[805] refuse de sanctionner le défaut non déterminant de communication de renseignements lorsqu'il ne présente aucun caractère dolosif et provient d'une simple négligence. Les auteurs français pensaient qu'une obligation autonome de renseignements précontractuels était « *contraire à l'état actuel de nos mœurs* »[806].

Aujourd'hui les juridictions abordent différemment cette situation. Elles admettent difficilement la faute précontractuelle d'un contractant non-professionnel et elles ont une attitude plus exigeante vis-à-vis de la conduite d'un professionnel. La sévérité de la sanction semble croître proportionnellement avec le caractère dangereux des objets vendus ou loués et le degré des connaissances techniques de l'intéressé. Donc, de nos jours, une obligation d'information est imposée par la loi et la jurisprudence, soit à titre principal[807], soit à titre accessoire[808] et son inexécution entraîne la mise en œuvre des mécanismes de la responsabilité contractuelle. Mais, est-ce qu'il sera possible de sanctionner la non-communication de renseignements préalable à la conclusion en l'absence de tout contrat préparatoire générateur d'une obligation en ce sens ?

---

[802] P. Roubier, *op.cit*., p. 233.

[803] H. Mazeaud, L. Mazeaud, A. Tunc, *op.cit*., p. 158, n° 197.

[804] Cass.com., 14 mars 1972, *D. S.* 1972, 653 note J. Ghestin ; *Rép. Defrenois*, 1973, 446, obs. J.-L. Aubert.

[805] Cass.civ., 10 mai 1909, *S.* 1912. 1. 169 ; Cass.civ., 30 mai 1927, *S.* 1928.1.105, A. Breton.

[806] J. Ghestin, *op.cit*., p. 111.

[807] R. Savatier, « Les contrats de conseil professionnel en droit privé », *D.* 1972.137.

[808] C.A. Paris, 21 juillet 1971, *JCP* 1972.17.138.

Une décision du Tribunal de Commerce de Paris du 21 juin 1971[809] n'introduisait pas une réponse affirmative. Pourtant, le droit positif assimile la violation de l'obligation précontractuelle de renseignement au même régime que la rupture fautive des pourparlers et il sanctionne en appliquant les règles de la responsabilité délictuelle[810].

En effet, « *l'obligation de renseignements relève à la fois de la formation et de l'exécution* »[811] du contrat. Ainsi, sa violation peut entraîner la nullité du contrat comme c'est le cas de la réticence dolosive. Elle est une règle de formation du contrat qui attire la responsabilité délictuelle. Aussi, sa méconnaissance a pour effet la responsabilité contractuelle comme c'est la situation de l'obligation de mode d'emploi.

En conclusion, « *le fait personnel source de responsabilité ne peut être que le fait fautif* »[812]. Lors de la phase des négociations libres, la faute est caractérisée par un comportement contraire au comportement de *bonus pater familias* ou, autrement formulé, qui s'oppose au standard d'une personne raisonnable. Cela signifie qu'une de parties a eu une attitude déloyale qui est en dissonance avec le principe de la bonne foi.

La réparation du préjudice causé lors de la phase précontractuelle n'est pas que conditionnée par l'existence d'un dommage et d'un fait générateur de responsabilité. Il faut « *que ce dommage se rattache à ce fait générateur par un lien de cause à effet, par un lien de causalité* » [813].

---

[809] T.com. Paris 19 avril 1971, *D*. S. 1971, 483.

[810] J. Schmidt, « La sanction de la faute précontractuelle », *RTD civ*., 1974, p. 71, n° 46.

[811] P. Malaurie, L. Aynès, P. Stoffel-Munck, *op.cit.*, p. 391, n° 780.

[812] M. Bacache-Gibeili, « Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle », *in* C. Larroumet, *Traité de droit civil*, t. V, 2e éd., Economica, Paris, 2012, p. 139, n° 126.

[813] F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, 11e éd., Dalloz, Paris, 2013, p. 910, n° 858.

CHAPITRE TROISIÈME Le lien de causalité dans la phase précontractuelle

L'exigence du lien de causalité est requise quel que soit le fait qui génère l'engagement de la responsabilité civile (fait personnel, fait d'autrui ou fait des choses) et elle résulte expressément des textes du Code civil français (articles 1382 à 1386) et de nouveau Code civil roumain (article 1349, alinéa 2, article 1357 alinéa 1, articles 1358 à 1359, 1372 à 1373, 1375 à1376 et 1378 à 1379).

Toutefois, les codes civils ne définissent pas la notion du lien de causalité. Ainsi, « *ils isolent une donnée juridique, qui constitue non une simple relation de fait [l'intervention dans la réalisation d'un dommage], mais une notion de droit [cause génératrice d'un dommage]* »[814].

L'étude de la notion de lien de causalité a pour but d'approfondir le régime juridique du lien causal dans le droit français (Section 1) et roumain (Section 2). L'analyse ne se limite pas qu'aux textes des lois, mais elle va présenter les opinions doctrinales et l'évolution de la jurisprudence dans les deux ordres juridiques.

Section 1. Le lien causal en droit français

Afin de préciser quelles sont les caractères du lien de causalité (Sous-section 2), on présentera le rôle de lien causal en droit positif et dans les projets de réforme (Sous-section 1).

Sous-section 1. Notion de causalité

§1. La causalité en droit positif

[814] *Ibidem*, p. 911, n° 859.

La présence d'un lien causal est fondamentale pour la mise en œuvre de la responsabilité civile. Si celui-ci n'existe pas, il n'y a pas de responsabilité civile mais le fruit du hasard. Ainsi, la responsabilité civile délictuelle suppose un lien de cause à effet entre le préjudice et le fait préjudiciable.

Cette troisième condition de la responsabilité civile est imposée par les textes du Code civil français. Ainsi, l'article 1382 oblige à réparer le dommage celui par la faute duquel il est arrivé, l'article 1384 déclare qu'on est responsable du dommage qui « *est causé* » par le fait des personnes dont on doit répondre ou des choses que l'on a sous sa garde et les articles 1383, 1385 et 1386 emploient tous le verbe « *causer* ».

La jurisprudence s'est montrée très peu exigeante en ce qui concerne la démonstration du lien causal dans certains domaines. C'est le cas, par exemple, des arrêts relatifs à la perte d'une chance de survie qui condamnent le médecin lorsqu'il est démontré que sa faute a causé la disparition de simples chances de survie[815]. Toutefois, la nécessite d'un lien de causalité est indispensable « *entre le fait dommageable et le préjudice subi par le patient* »[816], en cas contraire toute responsabilité doit être rejetée.

Par les arrêts relatifs à la perte d'une chance nous avons plus « *une dispense de la preuve du lien de causalité que d'une présomption* »[817]. D'ailleurs, l'absence de présomption de lien de causalité a crée des difficultés relatives à la réparation des préjudices causées en groupe[818]. En effet, la question de la responsabilité d'un des membres du groupe indéterminé a été posée à la suite d'accidents de chasse lorsque, plusieurs chasseurs ayant tiré simultanément, il s'est révélé impossible de déterminer l'auteur du préjudice. Étant donné de l'absence de présomption en faveur de la victime, la Cour de cassation a décidée qu'aucun chasseur ne pouvait être condamné[819]. En étudiant cet arrêt, la doctrine a affirmée que « *la Cour de cassation s'est efforcée […] d'en réduire la portée à l'aide de divers procédés, soit en considérant qu'il y a eu une* ***faute commune*** *commise par les divers participantes, soit en*

[815] H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, F. Chabas, *Leçons de droit civil. Obligation*, t. II, 1er vol., 9e éd., Montchrestien, Paris, 1998, p. 416, n° 412.

[816] J. Penneau, « Médecine. Réparation des conséquences des risques sanitaires », *Rép.civ.* 2013, n° 223.

[817] *Ibidem*, p. 654, n° 560.

[818] F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, 11e éd., Dalloz, Paris, 2013, p. 915, n° 862.

[819] Cass. 1er civ., 4 janvier 1957, *D.* 1957.264, *S.* 1957.218.

estimant que ceux-ci exercent une ***garde en commun*** *des choses ou de la chose par le fait de laquelle est survenu le dommage* »[820].

Un autre aspect pratique est le rôle joué par le lien de causalité dans la théorie du risque. Ainsi, comme la conduite du défendeur ne peut pas être un motif absolu pour que les juges rejettent les actions qu'ils estiment inopportunes, ils n'ont d'autres moyens que de nier l'existence d'un lien de causalité entre l'action illicite et le préjudice[821].

Pourtant, « *la théorie de l'acceptation des risques n'est pas complètement écartée* »[822] et cela nous est démontré par la réaction du législateur en matière de sport[823]. En effet, le législateur propose l'introduction d'un nouvel article (L. 321-3-1) dans le Code du sport en vue de remédier les difficultés nées de l'arrêt de la Cour de cassation de 4 novembre 2010[824], arrêt relatif à l'application du régime de responsabilité civile du fait des choses dans le cadre d'une activité sportive. Par cet article, seront exonérés de responsabilité de plein droit, les auteurs de dommages réalisés dans le cadre d'une activité sportive. Cependant, l'exonération serait limitée en fonction des personnes, des dommages, et des lieux concernés.

Pour être plus précis, la proposition de loi de l'Assemblée nationale ne concerne que les personnes physiques participant à une manifestation sportive organisée par une association, une société ou une fédération sportive, et non pas l'amateur ayant une activité sportive de loisir hors de tout encadrement. Concernant le dommage causé par une chose lors de la pratique d'une activité sportive, nous relevons d'une parte que le dommage matériel sera indemnisable en dehors du terrain et non-indemnisable sur le terrain et d'autre part, que le dommage corporel sera indemnisable dans les deux situations alors que, avant l'arrêt du 4 novembre 2010 il était seulement indemnisable en dehors du terrain et non-indemnisable pendant la compétition.

---

[820] F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *op.cit.*, p. 916, n° 862.

[821] H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, F. Chabas, *op.cit*., p. 655, n° 561.

[822] H. V. Groutel, « L'acceptation des risques : dérapage ou décollage ? », *RCA* 1999, chr. n° 16, 1.

[823] « *Proposition de loi visant à modifier le régime de responsabilité civile du fait des choses des pratiquants sportifs sur les lieux réservés à la pratique sportive et à mieux encadrer la vente des titres d'accès aux manifestations sportives* », 12 février 2012 *in Pratique sportive et responsabilité. Rapport – première lecture*, par M. J.-J. Lozach au nom de la Commission de la culture, de l'éducation et de la communication (http://www.senat.fr/rap/l11-372/l11-3723.html).

[824] Cass. 2e civ., 4 novembre 2010, n° 09-65947, *Bull.civ*. 176.II.2010.

En conclusion, « *le domaine du sport peut être perçu comme une exception par rapport au droit commun* »[825], car le but de l'activité sportive, la victoire et la compétition, crée pour le sportif une obligation morale de donner le meilleur de lui-même, en faisant de cette activité une exception dans la conduite du « *bonus pater familias* ».

Il est aussi important de mentionner que, sans admettre une responsabilité en l'absence de faute, le législateur et la jurisprudence ont édicté une « *présomption de responsabilité* » ou, dans le langage de la Cour de cassation, « *une responsabilité de plein droit* ». Ainsi, le débiteur d'une obligation déterminée (de résultat), légale (les articles 1384 al. 1er et 1385 Code civil français) ou contractuelle (l'article 1147 Code civil français), est présumé responsable de commettre une faute lorsqu'il n'a pas obtenu le résultat qu'il était tenu de procurer, sauf, bien sûr, au cas où la cause de l'inexécution est une cause étrangère. Donc, dès qu'il y a un préjudice, on présume automatiquement qu'il a été causé par une faute et qu'entre les deux il y a un lien causal.

La causalité est un élément autonome de la responsabilité civile, qui est indépendant de la faute et du préjudice. Dès que la victime, qui est chargée de faire la preuve, établit la faute et le préjudice, il se crée une présomption de responsabilité. Pourtant, ce n'est pas toujours le cas, la notion de « *causalité* » en étant plus que délicate[826].

Tout d'abord, le fait dommageable doit avoir été la cause génératrice ou efficiente du préjudice, de même que la chose. L'article 1382 du Code civil français à l'alinéa 1er précise les rôles actifs du fait et de la chose dans la production du préjudice : « *on est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais […] des choses que l'on a sous sa garde* ».

Ensuite, seul le préjudice direct sera réparé, car il est le seul rattaché par ce lien au fait générateur illicite imputable au responsable. Cette affirmation montre que la causalité présente un caractère objectif. Ainsi, c'est un enchaînement des circonstances qui va créer « *le fil épique* » suivi par le juge avec le devoir de le démêler.

---

[825] A. Dumery, *La faute de la victime en droit de la responsabilité civile*, L'Harmattan, LGDJ, Paris 2011, p. 287, n° 673.

[826] P. Le Tourneau (*dir.*), *Droit de la responsabilité et des contrats. Régimes d'indemnisation 2014/2015*, Dalloz, Paris, 2014, p. 694, n° 1704.

Un autre élément qui donne à la causalité une image complexe est la pluralité de causes[827]. Ainsi, le juge aura la difficile tâche de déterminer quel fait a eu le rôle actif, car il doit être la « *cause génératrice* » du préjudice.

Enfin, la dualité de la causalité est un autre détail qui fait de la causalité une notion délicate. Premièrement, elle permet d'identifier matériellement l'enchaînement des événements ayant rendu possible un dommage[828]. Nous retrouvons ici le fait que, en réalité, deux liens de causalité sont nécessaires [829]: un lien de causalité entre l'action du défendeur et l'inexécution de l'obligation (cette inexécution doit être le fait du défendeur) et un lien de causalité entre l'inexécution de l'obligation et le dommage (le préjudice dont la victime demande réparation doit être la conséquence de l'inexécution de l'obligation qui pesait sur le défendeur). Et, second aspect, le lien de causalité qui permet d'imputer juridiquement la responsabilité, en établissant que la faute est la cause directe du dommage. À défaut, elle justifie l'exonération lorsque le défendeur établit la force majeure, le fait du tiers ou de la victime s'ils présentent les caractères de la *vis majore*[830].

La démonstration du lien de causalité ou la preuve d'un lien entre l'inexécution de l'obligation et le préjudice doit être faite par la victime, le demandeur.

Comme cela a été précisé, la preuve du lien doit être distincte des autres éléments de la responsabilité. Ainsi, la jurisprudence exige plus qu'une présomption. « *Il ne suffit pas à la partie lésée d'établir la faute du défendeur et le préjudice : il lui faut encore prouver l'existence du lien direct de cause à effet entre cette faute et le préjudice* »[831].

À cette règle générale, il y a des exceptions, et plus précisément deux : quand la loi édicte une présomption de faute et quand la loi édicte une présomption de causalité. Encore faut-il que ces présomptions soient « *graves, précises et concordantes* » (l'article 1353 Code civil français).

En cas d'inexécution d'une obligation déterminée le lien causal entre l'activité du défendeur et l'inexécution est présumé. C'est au défendeur qu'il appartient de faire la preuve

---

[827] H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, F. Chabas, *op.cit*., p. 657, n° 566.

[828] P. Le Tourneau (*dir.*), *op.cit.*, p. 694, n° 1704.

[829] H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, F. Chabas, *ibidem.*

[830] B. Starck, H. Roland, L. Boyer, *Obligations. Responsabilité délictuelle*, 5e éd., Litec, Paris, 1996, p. 436, n° 1059.

[831] Cass.civ., 14 mars 1892, *DP* 1892.1.523.

que la cause du dommage n'était pas de son fait mais le résultat d'une cause étrangère. Généralement, lorsqu'une obligation qui pèse sur une personne n'est pas exécutée, c'est le fait de cette personne. Ainsi s'explique, que pour les obligations déterminées, la loi a posé une présomption de plein droit qui tombera devant la preuve contraire (l'article 1147 Code civil français pour les obligations contractuelles, l'article 1384, alinéa 1er et l'article 1385 Code civil français en matière d'obligation légale)[832]. Aussi, le lien de causalité pour l'inexécution des obligations de prudence et diligence est sous-entendu.

Toutefois, en réalité, pour établir l'inexécution d'une obligation légale ou contractuelle, déterminée ou de prudence et de diligence, le demandeur doit prouver, d'abord un lien de causalité entre l'activité du défendeur et l'inexécution (le fait du défendeur) de l'obligation et, ensuite, un lien de causalité entre l'inexécution de l'obligation et le préjudice dont la victime demande réparation[833].

En dehors de la présomption de faute il y a, aussi, la présomption de causalité[834]. Dans de nombreux cas nous remarquons que le lien causal prouvé par des indices graves, précis et concordants est remplacé par un lien de causalité devenant une sorte de présomption de principe entre le fait préjudiciable et les préjudices invoqués[835]. La jurisprudence donne de multiples exemples : la présomption de causalité lors d'un accident où l'auteur de la faute pénale ne peut pas être exonéré totalement de la responsabilité[836] ; les lésions soudaines et brutales qui sont survenues au temps et au lieu de travail et qui sont présumées comme étant le résultat d'un accident de travail[837] ; le fait anormal d'une chose qui laisse présumer qu'elle a été la cause du dommage[838].

En général, il est possible de considérer que les régimes des présomptions de faute et de responsabilité de plein droit (article 1384, alinéa 1er) contiennent, implicitement, une

---

[832] H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, F. Chabas, *op.cit.*, p. 656, n° 563.

[833] *Ibidem*, p. 655, n° 562.

[834] P. Le Tourneau, *op.cit.*, p.699, n° 1711.

[835] Y. Lambert-Faivre, « De la poursuite à la contribution : quelques arcanes de la causalité », *D.* 1992, chron. 311, spéc. 312.

[836] Cass. 1er civ., 11 janvier 2000, n° 97-16.605, *Bull.civ.* I, n° 7 ; H. Groutel, *RCA* 2000, chron. 5.

[837] J.-J. Dupeyroux, « Le déclin de la présomption », *D.* 1971, chron. 81 ; Y. Saint-Jours, « Accidents du travail », *D.* 1995, chron. 13.

[838] Cass. 2e civ., 14 novembre 2002, n° 00-12.780, *Bull.civ.* II, n° 258.

présomption de causalité. Pourtant, conformément à l'article 1349 du Code civil français, une présomption doit porter sur un fait et non sur une obligation. Ainsi, à titre d'exemple, la victime d'une contamination post-transfusionnelle doit seulement établir le fait qu'elle a été transfusée ou traitée par des produits spécifiques à sa maladie et qu'elle est contaminée, le lien de causalité étant présumé[839].

Les choses commencent à manquer de clarté quand, dans la démonstration du lien, sont recherchés les faits qui peuvent être considérés comme les causes d'un préjudice. Ainsi, il sera difficile d'établir si le fait a contribué d'une manière décisive à l'avènement du dommage. Il peut arriver que le préjudice ne puisse pas être attribué à un seul fait mais à plusieurs, ou qu'un seul fait ait occasionné plusieurs dommages. Quelquefois, outre le préjudice actuel il y a le préjudice futur qui, normalement, ne se serait pas produit en l'absence du fait incriminé et qui ne se produira que dans l'avenir. Tous ces problèmes ne font que démontrer l'importance du lien de causalité dans le processus de réparation du préjudice.

§2. Les projets de réforme

Les projets français de réforme de la responsabilité civile prévoient, eux aussi, comme l'une des conditions essentielles le lien de causalité. Ainsi, l'avant-projet Catala à l'article 1347 énonce que « *la responsabilité suppose établi un lien de causalité entre le fait imputé au défendeur et le dommage* ».

Il ne donne pas une définition générale du lien de causalité. Mais, l'affirmation de la responsabilité solidaire des membres d'un groupe lorsque l'auteur n'est pas identifié (article 1348) par l'avant-projet semble utile, car cette solidarité est susceptible de s'appliquer dans des circonstances diverses.

L'avant-projet Catala, consacre également la plupart de la jurisprudence en prévoyant, d'une part de priver la victime de toute réparation lorsqu'elle a commis une faute

---

[839] « *Dès lors que le receveur démontre que sa contamination a fait suite à des transfusions sanguines et qu'il ne présente aucun mode de contamination qui lui soit propre, il appartient au centre de transfusion sanguine de prouver que les produits qu'il a fournis sont exempts de tout vice. […] il suffit que le demandeur apporte des éléments qui permettent de présumer que la contamination a pour origine une transfusion de produits sanguins, le doute doit profiter au demandeur* », Cass. 1er civ., 15 juin 2004, n° 02-20499.

intentionnelle, c'est-à-dire lorsqu'elle a recherché volontairement le préjudice et, d'autre part, d'exonérer partiellement l'auteur du préjudice de sa responsabilité lorsque la victime a commis une faute ayant concouru à sa survenance.

Le but de l'avant-projet, en ce qui concerne le lien de causalité, est d'abord de déclarer qu'en cas d'atteinte à son intégrité physique, seule une faute grave de la victime peut entraîner une exonération partielle de la responsabilité de l'auteur du préjudice et, ensuite, de supprimer tout effet exonératoire du fait de la victime lorsque celle-ci est privée de discernement.

Le projet de réforme du droit de la responsabilité civile de l'Académie des sciences morales et politiques ou le projet Terré[840], en s'inspirant des modèles anglais et allemand ainsi que des projets européens, offrent aux tribunaux des lignes directrices. Leur rôle sera de réduire l'incertitude du droit[841]. Dans cette perspective, le projet Terré définit à l'article 10 alinéa 1er la notion de « *causalité* » comme étant : « *[…] tout fait propre à le produire selon le cours ordinaire des choses et sans lequel il ne serait pas advenu* ». L'article reconnaît, dans un premier temps, la condition *sine qua non* du fait cause du préjudice et, dans un second temps, il va plus loin en exigeant que le fait soit propre à produire le préjudice selon le cours ordinaire des choses.

Le groupe de travail de l'Académie des sciences morale et politiques a eu la théorie de la causalité adéquate comme source d'inspiration. En préférant celle-ci à la théorie de l'équivalence des conditions qui ne posait aucune limite à la recherche d'une cause au préjudice, le groupe a voulu mieux encadrer la recherche des causes du dommage, sans pour autant trop restreindre la marge de manœuvre des juges.

L'alinéa 2 de l'article 10 limite la responsabilité aux situations immédiates et directes. Cet alinéa ne s'intéresse pas en effet au rapport entre le fait générateur et le dommage, mais au lien entre le dommage et ses suites, c'est-à-dire les préjudices qui en découlent[842]. Comme dans le droit positif il y a un vide en ce qui concerne le préjudice réfléchi, le projet, par cet alinéa, a cherché à combler ce vide en explicitant le principe prévu par l'article 1151 du Code civil.

---

[840] F. Terré (*dir.*), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Dalloz, Paris, 2011.

[841] J.-S. Borghetti, « De la causalité », *in* F. Terre (*dir.*), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Dalloz, Paris, 2011, p. 145.

[842] *Ibidem*.

Le projet Terré accepte tous les moyens de preuve pour établir le lien de causalité[843]. Le groupe ne fait que confirmer le droit positif et reconnaître le pouvoir du juge de recourir à des présomptions[844].

Les règles du droit positif en cas de pluralité d'auteurs d'un dommage sont consacrées à l'article 11. Ainsi, le principe fondamental selon lequel les coauteurs répondent chacun pour le tout à l'égard de la victime est affirmé. Pourtant, le texte du projet ne spécifie pas explicitement si leur responsabilité est solidaire ou *in solidum*. Ainsi, l'article doit être interprété comme créant un nouveau cas de solidarité légale, rendant de ce fait le recours à la notion de responsabilité *in solidum* inutile. Il reprend la solution jurisprudentielle selon laquelle lorsque les coauteurs ont tous commis une faute, ils contribuent entre eux à proportion de la gravité de leurs fautes respectives[845].

En ce qui concerne le préjudice causé par un membre indéterminé d'un groupe, le projet Terré reprend largement dans l'article 12 le texte de l'article 1348 du projet Catala. En effet, l'article prévoit que lorsqu'un préjudice est causé par un membre indéterminé d'un groupe, tous les membres identifiés en répondent solidairement, sauf pour celui qui démontre qu'il ne peut en être l'auteur. Pourtant, le projet s'est écarté de la formule proposée par l'avant-projet Catala, qui est très large et il pourrait conduire à une responsabilité civile solidaire de chacun des membres du groupe concerné. Ainsi, l'article 12 exige une unité d'action des membres du groupe pour que leur responsabilité solidaire trouve à s'appliquer. En tant que tel, ce texte n'empêche pas toutefois la jurisprudence de maintenir ou de créer des présomptions de causalité dans des hypothèses précises et délimitées où une telle présomption peut se trouver justifiée du fait des circonstances particulières et du faible nombre de responsables potentiels concernés.

La phase des pourparlers présente une particularité vis-à-vis du lien de causalité. Selon l'article 1151 du Code civil français le dommage doit être le résultat « *immédiat et direct de l'inexécution de la convention* ». Or, il n'est pas toujours certain que cela soit le cas en matière

---

[843] L'art. 10, al. 3 du projet Terré : « *Le lien de causalité s'établit par tous moyens* ».

[844] Cass. 1er civ., 24 septembre 2009, *JCP* 2009.304, obs. P. Mistretta, 381, note S. Hocquet-Berg ; *D*. 2009. 2342, note I. Gallmeister ; *D*. 2010.50, obs. P. Brun ; *RCA* 2009, étude 15, note C. Radé, *RDC* 2010.90.

[845] J.-S. Borghetti, « *De la causalité* », *in* F. Terre (*dir.*), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Dalloz, Paris, 2011, p. 146.

de rupture de pourparlers[846]. Ainsi, pour un nouveau contrat proposé, différent du précédent, le fait de le proposer n'entraîne pas nécessairement la rupture de la renégociation[847]. De même, les conséquences d'un défaut d'information peuvent être analysées de diverses manières. L'omission de l'information peut soit avoir déterminé le consentement du cocontractant, soit l'avoir seulement « *privé de la connaissance d'un important élément d'appréciation quant à l'opportunité de la conclusion* »[848].

Étant donné cette particularité, la doctrine[849] a posé une question légitime : devant un dommage survenu pendant la phase de négociations, est-ce que la cause sera la rupture de pourparlers ?

Pour donner une réponse, il faudra analyser les caractères du lien de causalité.

Sous-section 2. Les caractères du lien de causalité

Quelle que soit l'analyse de la causalité retenue, le rapport de causalité doit être direct (§1) et certain (§2)[850].

§1. Le préjudice éprouvé, conséquence « *directe* » de la faute précontractuelle

L'article 1151 du Code civil français impose une règle générale. Il exclut le préjudice indirect des dommages et intérêts, même en cas de dol. La jurisprudence[851] en fait une stricte application. Elle décide que le préjudice indemnisable doit être la conséquence directe, la suite nécessaire[852] du fait ou de l'acte dommageable.

---

[846] J. Schmidt, « La période précontractuelle en droit français », *RID comp*. 1990, p. 553, n° 2.

[847] Cass.com., 9 fév.1981, *D*. 1982, p. 4, note J. Schmidt.

[848] C.A. Rennes, 9 juillet 1975, *D*. 1976, p. 417, note J. Schmidt.

[849] F.A. Pignatta, *La phase précontractuelle sous l'empire de la Convention de Vienne sur la vente internationale et des droits français et brésilien*, thèse, Strasbourg, 2008, p. 124.

[850] P. Le Tourneau, *op.cit.*, p. 708, n° 1719.

[851] C.A. Riom, 10 fév. 1994, *JCP* 1995.IV.99.

[852] R.-J. Pothier, *Traité des obligations*, Dalloz, Paris, 2011, p. 72, n° 166 et s.

Le caractère direct de la causalité peut poser des problèmes sous deux aspects : premièrement, dans le cas où les dommages ont leur origine dans une pluralité de causes et, deuxièmement, lorsqu'un même fait générateur produit une cascade de préjudices.

Le préjudice est parfois causé par plusieurs faits, parmi lesquels le fait imputable. Il peut arriver aussi que le dommage ait lieu dans un ensemble de circonstances, dont une seule est imputable au responsable. Pourtant, comme nous partons du constat qu'un seul fait, la rupture brutale des pourparlers ou la prolongation des négociations, en sachant que la partie ne va pas conclure, a causé la rupture du pourparlers, cette première hypothèse dépasse le cadre de notre étude. Donc, seule la deuxième situation, celle d'une cascade de préjudices, sera étudiée.

L'exemple le plus connu pour illustrer cette situation est celui donné par Pothier[853]. Un marchand a vendu une vache infectée d'une maladie contagieuse à un agriculteur. La vache a contaminé les bœufs de l'acheteur, ce qui l'a empêché de cultiver ses terres. Le défaut de culture l'a empêché de payer ses dettes et ses créanciers ont procédé à une saisie qui avait débouché sur une vente à bas prix. Ruiné, l'acheteur a fini par se suicider. C'est l'idée d'une cascade de dommages dans le temps, un préjudice étant la cause d'un autre préjudice.

Dans le cas de la rupture brutale des pourparlers, la partie qui a rompu brutalement les négociations peut causer à l'autre partie une avalanche de dommages. Ainsi, la victime peut subir une atteinte portée à la réputation qui nuirait à la conclusion des contrats futurs ou la perte de la chance de conclure le contrat avec un tiers ainsi que la perte de bénéfices escomptés de la conclusion du contrat. De même, la partie pourra se retrouver contrainte de devoir recourir aux services plus coûteux d'un tiers[854] ou de faire un nouveau financement[855] ou d'exposer des dépenses pour trouver un nouvel emploi au lendemain de la rupture[856].

Pourtant, la notion de dommage en cascade n'est pas tout à fait applicable à notre étude. Nous avons vu que le préjudice précontractuel n'est pas totalement réparable, le dommage subi étant seulement limité aux frais occasionnés par la négociation et aux études préalables et autres frais. Il faut que le lien entre la faute et le dommage soit direct. Pour qu'un préjudice précontractuel soit directement lié à la faute de l'agent, il faut qu'il soit motivé

---

[853] *Ibidem*.

[854] C.A. Paris, 5 nov. 1999, *RTD civ*. 2000.104, obs. J. Mestre et B. Fages.

[855] C.A. Lyon, 4 mars 1994, *JurisData* n° 043277.

[856] C.A. Agen, 21 août 2002, *JCP* 2003.II.10162, note A. Lecourt.

exclusivement par les actions et la volonté de nuire de la partie fautive. Pendant les pourparlers, l'unique raison des dépenses est la certitude, au moins partielle, de la conclusion du contrat. Si une partie fait croire fautivement qu'elle conclurait un contrat avec son partenaire, toutes les dépenses faites par ce dernier, persuadé de la conclusion du contrat, doivent être réparées. Ainsi tous les préjudices qui ont un lien direct avec la rupture des négociations ne sont pas indemnisés, mais seulement ceux causés par la mauvaise foi de l'autre partie. Si, par contre, toutes ces dépenses sont faites volontairement, elles seront considérées comme des actions normales de la période précontractuelle où l'aléa est de principe. Dans ce dernier cas, les dommages n'ont pas un caractère direct avec la rupture et ils ne sont pas réparables.

Vu toutes ces particularités du préjudice futur qui posent des difficultés, la jurisprudence française a opéré un revirement[857]. Ce revirement est très net dans un arrêt de la chambre commerciale qui retient que « *nul n'ayant l'obligation de contracter, la perte du bénéfice qui aurait pu être retiré du contrat qui n'a pas été conclu ne se trouve pas en relation de cause à effet avec la faute commise lors de la rupture de pourparlers* »[858].

La Cour de cassation ne suit pas la doctrine classique[859], qui avait une autre opinion vis-à-vis des gains manqués. Ainsi, la Cour rejetait purement et simplement la réparation des gains manqués et limitait le préjudice réparable aux pertes subies. Et ce au motif que le fait que la responsabilité précontractuelle résulte du consentement donné au commencement et au déroulement des pourparlers et, par conséquent, à tout ce qui découle de ces actions. Donc, pour qu'il y ait un « *lien de causalité effectif entre le dommage causé et l'acquiescement préalable de la partie à laquelle est imputable le retrait arbitraire […] il faut que les frais à couvrir n'aient été engagés qu'à raison de l'acquiescement donné par l'autre partie* »[860].

Même si la position prise par la Cour peut paraître contraire à la doctrine classique, elle ne l'est pas. Il est vrai que la jurisprudence admet la réparation des préjudices causés à la

---

[857] C.A. Versailles, 1er avr. 1999, *RJDA* 12/99, p. 1048, n° 1285 ; C.A. Paris, 10 mars 2000, *JCP E*, 8 mars 2001, p. 422, n° 10, note F. Violet ; Cass. 3e civ., 12 novembre 2003, n° 02-10.352, inédit ; Cass.com., 4 décembre 1990, *SA Caténa France c/ SARL AMC Bricolage*, *JCP* 1991.II.21725, note G. Virassamy.

[858] Cass.com., 25 fév. 2003, n° 01-12.660, *Sté Pierre Industrie cl Sté Deville*, inédit.

[859] G. Fagella, « Dei Periodi precontrattuali a de la loraverae des atta costruzione scientifica », *in* C. Fadda (dir.), *Studi giuridici in onore di Carlo Fadda*, vol. 3, Nabu Press, Napples, 2012, p. 271.

[860] R. Saleilles, « De la responsabilité précontractuelle. À propos d'une étude nouvelle sur la matière », *RTD civ*. 1907, p. 721.

victime, incluant les frais occasionnés par la négociation et les études préalables et qu'elle exclut les gains manqués. Mais la Cour de cassation ainsi que la doctrine ne distinguent pas entre les dépenses qui avaient l'assentiment de l'auteur de l'acte fautif – dépenses réparables – et celles qui ne l'avaient pas – qui n'étaient pas réparables.

§2. Le préjudice éprouvé, conséquence « *certaine* » de la faute précontractuelle

Pour que le préjudice soit réparable il doit être certain. La victime doit prouver qu'elle a subi une véritable lésion, qui lui a produit une perte ou une dégradation par rapport à son état antérieur. Pourtant, ce n'est pas seulement le préjudice déjà réalisé, le préjudice actuel, qui peut être certains, mais aussi le préjudice qui se réalisera et qui, par conséquent, pourra être réparé.

Ainsi, le préjudice futur peut être réparé par des dommages-intérêts à titre d'indemnisation à la victime s'il est le prolongement certain de l'état actuel.

Le préjudice certain s'oppose au préjudice éventuel, hypothétique, qui ne doit pas être réparé, car une simple exposition à un risque ne constitue pas un dommage certain et il ne peut donc être indemnisé.

Au contraire de préjudice éventuel et en concordance avec le préjudice déjà réalisé et le préjudice futur, la perte de chance est un préjudice réparable, « *car la chance de gain représente d'ores et déjà dans le patrimoine une valeur qui peut être évaluée d'après un calcul de probabilités* »[861]. Cependant, en matière de négociations contractuelles, depuis l'arrêt *Manoukian*[862], la perte de chance de conclure le contrat envisagé ne sera pas indemnisée.

La difficulté au niveau de l'exigence du caractère certain tient à identifier l'auteur du préjudice et à faire la preuve du rapport causal.

En ce qui concerne la première difficulté, celle relative à l'auteur, elle comporte deux problèmes[863]. Dans un premier temps, une délicate question de causalité s'est posée en ce qui concerne le préjudice causé par une personne non identifiée, au sein d'un groupe déterminé.

---

[861] J. Carbonnier, *Droit civil. Les biens. Les obligations*, vol. II, PUF, Paris, 2004, p. 2270.

[862] Cass.com, 26 novembre 2003, *Bull.civ*. n° 186, p. 206.

[863] P. Le Tourneau, *op.cit*., p. 709, n° 1724.

Ici, le rapport de causalité est incertain, puisqu'il n'est pas possible d'établir l'auteur de la faute. Car, les parties qui participent à la formation du contrat sont connues et identifiables, la question ne relève pas de cette étude. Seule donc l'analyse du deuxième problème qui vise les coauteurs sera retenue.

On peut imaginer la situation d'une négociation complexe où une des parties est composée par plusieurs entités juridiquement distinctes qui se sont associées en vue de conclure le contrat. Si le partenaire multipartite a provoqué un préjudice, la victime pourra-t-elle demander à n'importe quelle partie la réparation de tout le préjudice subi, ou au contraire doit-elle diviser ses recours entre les différents responsables ?

La réponse de principe, se trouve à l'article 1202 du Code civil : « *la solidarité ne se présume point, il faut qu'elle soit expressément stipulée. Cette règle ne cesse que dans les cas où la solidarité a lieu de plein droit, en vue d'une disposition légale* ». Donc, la victime doit diviser son recours entre les divers responsables, sauf exception légale[864].

Pourtant, la jurisprudence et la doctrine classique ont décidé que « *ceux qui ont concouru à un délit […] sont tous obligés solidairement à la réparation. Ils ne peuvent opposer aucune exception de discussion ni de division, en étant indignes* »[865]. Donc les coauteurs d'un même préjudice étaient tenus solidairement envers la victime. En 1892 la Cour de cassation[866] a modifié sa position. Elle a adopté une position nouvelle qui n'est pas contraire à l'article 1202, tout en permettant d'accorder à la victime une protection efficace. La Cour a décidé que les coauteurs sont tenus *in solidum*.

La seule différence entre l'obligation solidaire et l'obligation *in solidum* est que la majorité des effets secondaires de la solidarité ne se produisent pas entre les débiteurs *in solidum*[867]. Ainsi, il en résulte que : la chose jugée à l'égard de l'un n'a pas autorité à l'égard

---

[864] À titre d'exemple, les articles 375-2, 480-1 et 543 du C.pr.pén. prévoient que tous les individus condamnés pour un même crime, un même délit, une même contravention de 5e classe, sont tenus solidairement des restitutions et de dommages-intérêts.

[865] R.-J. Pothier, *op.cit*., n° 268.

[866] Cass.civ., 11 juillet 1892, *D*. 1894.1.561, note L. Levillain.

[867] P. Le Tourneau, *op.cit.*, p. 714, n° 1735.

de tous[868] ; la poursuite contre l'un n'interrompt pas la prescription à l'égard des autres ; l'appel interjeté par l'un ne bénéficie pas aux autres[869].

La deuxième difficulté rencontrée est celle de la preuve du préjudice et du lien avec la rupture des pourparlers. Conformément au droit commun *actori incumbit probatio*, c'est la victime qui supporte la charge de la preuve.

Pourtant, cette preuve se heurte à de vrais obstacles. Il n'est pas suffisant de constater la faute et le préjudice, il faut encore que le lien de cause à effet qui les unit soit établi de façon expresse[870]. *Per a contrario*, le doute profite au défendeur.

Parfois, cette obligation est écartée. La victime bénéficie de présomptions dégagées par la jurisprudence. Ainsi, il lui suffit de démontrer qu'une chose a été l'instrument du préjudice pour qu'elle soit réputée en être l'une des causes. Dès lors qu'elle se trouvait en mouvement ou était intrinsèquement dangereuse[871].

En outre, c'est au responsable présumé de combattre la vraisemblance établie par le demandeur, en faisant valoir d'autres faits de nature à le mettre hors cause, *reus in excipiendo fit actor*. Dans ce cas, la jurisprudence[872] se montre plus exigeante pour la preuve de la non-causalité. La partie adverse devant en faire une démonstration précise et complète.

Tout d'abord, dans sa démonstration, la victime doit exclure les préjudices futurs. Car, les avantages futurs, si le contrat avait été conclu, n'ont pas un rapport certain avec la rupture de pourparlers. Seul le préjudice présent est certain.

Toutefois, les dépenses faites en vue de la conclusion du contrat ne sont pas toutes liées de façon certaine à la rupture fautive des pourparlers. Il y a des actes caractéristiques de la période précontractuelle qui relèvent du comportement habituel des commerçants[873]. Ainsi, si une partie a des doutes sur la conclusion du contrat, elle adoptera une attitude prudente dans la négociation. Elle fera des dépenses habituelles, normales, et ne prendra pas de risques en faisant des dépenses extraordinaires. Mais, si elle prend la décision de faire des dépenses extraordinaires, elle sera responsable de ses actes et la cause du préjudice ne sera plus la

---

[868] Cass. 2e civ., 4 février 1954, *Bull. civ*. II, n° 47.

[869] C.A. Pau, 20 mai 1952, *Gaz. Pal*. 1952, 52 ; *D*. 1952, 678.

[870] Cass. 2e civ., 8 novembre 1976, *D*. 1977, *IR* 31 ; Cass. 2e civ., 4 mars 1981, *Bull.civ*. II, n°49.

[871] Cass. 2e civ., 7 février 1990, *Bull.civ*. II, p. 13, n° 21 ; *JCP* 90.IV.133 ; *RTD civ*. 1990, 487, obs. Jourdain.

[872] Cass. 2e civ., 10 décembre 1981, *Gaz. Pal.* 1982. I.165.

[873] F.A. Pignatta, *op.cit.*, p. 126.

rupture de pourparlers mais son attitude inadaptée. La jurisprudence confirme cette opinion doctrinale. Elle exclut la responsabilité de la partie qui rompt les pourparlers au motif que « *les parties devaient toujours envisager un échec* »[874] et, par conséquent, la victime ne peut pas réclamer l'indemnisation parce qu'elle a assumé un risque en connaissance de cause.

Section 2. Le lien causal en droit roumain

Pour conclure à l'existence de la responsabilité civile il est nécessaire qu'entre le fait illicite et le préjudice soit établi un rapport de causalité, et ce de façon objective. Il faut préciser qu'en droit roumain le fait illicite est constitué par l'action ou l'inaction d'une personne physique ou morale qui porte atteinte à une norme obligatoire, et qu'il est l'équivalent de la faute en droit français.

Le nouveau Code civil roumain maintient à l'article 1357 le texte de l'article 998 de l'ancien Code civil, qui prévoyait une responsabilité pour « *celui qui a causé à autrui un préjudice* ». Pourtant, le nouveau code, tout comme l'ancien, ne définit pas la notion de lien de causalité[875].

L'exigence de lien de causalité traduit la nécessité d'avoir entre le préjudice et le fait générateur un rapport de cause à effet de sorte que, dans la multitude des situations possibles, ne sera retenue que l'action ou l'inaction qui a directement produit le préjudice. Si le lien n'est pas déterminé, la responsabilité ne peut pas être engagée et le préjudice ne sera pas indemnisé. Depuis longtemps, la doctrine et la jurisprudence roumaine[876] ont essayé par différents moyens de faire la preuve du lien causal entre le fait illicite, la faute et le préjudice. Pourtant, la jurisprudence a montré que ce n'est pas toujours facile de le faire à cause de la complexité de relations. C'est pourquoi la doctrine a émis des propositions[877] pour prouver le lien causal.

[874] Cass.com., 4 oct. 1982, *JurisData* n°1982-702028.

[875] M. Uliescu, « Raspunderea civila. Dispozitii generale », *in* M. Uliescu (*dir.*), *Noul code civil. Studii si comentarii*. *Despre obligatii*, vol. III, p. I, cartea a V-a, Universul Juridic, Bucuresti, 2014, p. 452.

[876] C. Statescu, C. Birsa, *Drept civil. Teoriagenerala a obligatiilor* (« *Droit civil. Théorie générale des obligations* »), 9e éd., Hamangiu, Bucarest, 2008, p. 193, n° 144.

[877] *Ibidem*, p. 194, n° 145.

Sous-section 1. Les prémisses de la détermination du lien de causalité

Tout d'abord, on doit établir un rapport de causalité spécifique entre l'action ou l'inaction et le préjudice. L'intérêt doit être focalisé sur les faits qui soit déclenchent les causes, donc des faits déclenchants, soit favorisent leur développement, donc des facteurs qui aident au déclenchement de la cause, soit n'empêchent pas les effets de la cause, même si c'était possible.

Ensuite, il faut faire abstraction de l'attitude subjective d'ordre psychologique de la personne à l'égard de son fait. Autrement dit, pour la détermination du lien de causalité il ne faut pas tenir compte des motivations et des buts d'ordre psychologique qui ont déclenché le fait. Ainsi, le moment du début dans l'analyse du rapport de causalité est l'extériorisation des intentions. La simple attitude de conscience de la rupture des négociations avec mauvaise foi qui n'est pas suivie par une action, ne peut pas engager la responsabilité civile. Donc, le partenaire doit prolonger effectivement les pourparlers en étant conscient de la non conclusion du contrat. Le simple fait de prolonger les négociations et, à un moment donné, de les rompre avec bonne foi, n'engage pas la responsabilité civile. C'est dans ce sens là qu'on parle d'un caractère objectif du lien causal dans la responsabilité civile délictuelle.

Un troisième point de repère dans la détermination du lien causal est le fait illicite avec ses deux sources : l'action positive et l'action négative. L'action positive est facile à observer car le coupable « *fait quelque chose* », mais la difficulté se révèle quand le fait illicite doit être lié à une action négative. L'inaction représente l'omission de remplir certaines obligations imposées par la loi et, dans notre cas, il s'agit des obligations précontractuelles. C'est par l'inexécution des obligations que le préjudice se produira et la partie sera responsable Ainsi, c'est cette forme d'extériorisation qui va fonder la responsabilité civile.

Un autre facteur important dans la détermination du lien de causalité proposé par la doctrine est l'interconnexion de fait. Toutes les actions humaines se déroulent dans le cadre de la société et, par conséquent, l'action qui a produit un préjudice se trouve dans une série infinie de relations avec les faits d'autres personnes ou une série de facteurs extérieurs[878]. Par exemple, la crise financière mondiale ou une guerre qui a obligé les parties à arrêter leur négociation et, à cause de cela, une des parties a subi un préjudice. Ainsi, pour établir le lien de causalité entre le fait humain et le préjudice, il faut opérer une sélection entre les actions

[878] C. Statescu, C. Birsa, *op.cit.*, p. 196, n° 145.

qui devront être retenues au titre de la causalité. L'attention ne doit pas être concentrée sur la causalité générale, mais sur la causalité spéciale.

Pourtant, la distinction entre la causalité spéciale et la causalité générale se fait en utilisant un autre critère, l'évaluation juridique, la condition imposée par la loi au comportement humain. C'est l'évaluation des obligations précontractuelles comme l'obligation d'informer ou celle de bonne foi. Ainsi, en évaluant et en comparant avec la loi le comportement des parties pendant les pourparlers il pourra être vérifié si elles ont produit un préjudice.

Le lien de causalité n'est pas toujours dans un rapport direct avec la faute et le préjudice, en ce sens que par le fait illicite il s'est créé une situation qui a produit, d'une manière directe, un préjudice. Nous allons constater, en pratique, que le lien qui existe entre le préjudice et la faute est un rapport médiat, dans la mesure où la faute a créé une situation qui a permis à certains facteurs, humains ou naturels, d'agir et de produire eux-mêmes, d'une manière directe, le préjudice.

Sous-section 2. Les critères proposés par la doctrine et la jurisprudence

La doctrine roumaine, inspirée par la doctrine européenne, a proposé pour la détermination du lien de causalité deux critères.

Le premier critère peut être déduit du « *système de la causalité nécessaire* »[879]. Le système a été défini comme « *le phénomène qui, en précédant l'effet, le provoque dans un mode nécessaire* »[880]. Ainsi, pour identifier les faits qui peuvent constituer les causes du préjudice, les partisans de ce système proposent le critère de la liaison inéluctable entre le fait illicite et l'effet qui a été produit, le préjudice.

D'après cette théorie, dans la catégorie de la cause entrent uniquement les faits qui ont déterminé de façon exclusive le résultat, donc seulement les faits antérieurs au résultat produit « *qui se trouvent dans une liaison nécessaire avec le résultat, qui ont déterminé avec nécessité*

---

[879] I.M. Anghel, F. Deak, M.F. Popa, *Raspunderea civila* (*La responsabilité civile*), Editura Stiintifica, Bucuresti, 1970, p. 92 et s.

[880] C. Statescu, C. Birsan, *op.cit.*, p. 201, n° 147.

sa réalisation »[881]. Pourtant, il y a la possibilité de sanctionner les personnes qui par leurs faits n'ont pas causé le dommage, mais qui ont eu le rôle de stimulateurs et des créateurs l'espaces propices pour la réalisation du dommage. C'est le cas des coauteurs, instigateurs, complices. Toutefois, nous croyons qu'il sera difficile d'en rapporter la preuve, car les négociations relèvent des aspects complexes de la personnalité humaine même si elles se déroulent sous le principe de la bonne foi.

La doctrine[882] qui s'oppose à cette théorie reproche une sous-estimation des conditions dans lesquelles le préjudice a été produit. Elle considère que c'est une erreur de ne pas les sanctionner civilement, même si le fait causal, source principale du préjudice, est suffisant pour engager la responsabilité délictuelle de l'auteur.

Le deuxième critère est le représentant du système de « *l'indivisibilité de la cause avec des conditions* »[883]. Le fondement, qui se retrouve à la base de ce système, est le contraire du système de la causalité nécessaire. Ainsi, dans la détermination du lien de causalité il faut tenir compte pas seulement de la faute - cause mais, dans la même mesure, des circonstances ou de certains facteurs qui, ont favorisé la réalisation du dommage. Ensemble, les deux facteurs, direct et indirect « *forment une unité indivisible, dans le cadre de laquelle les circonstances recevront, eux aussi, par l'interaction avec la cause, un caractère causal* »[884].

La doctrine[885] a dégagé et proposé, à partir de ce système, la notion de « *complexe causal* » (« *complex cauza* ») ou « *relation causale complexe* » (« *relatie cauzala complexa* »). Cette théorie distingue entre les éléments qui s'intègrent objectivement dans le lien causal (la cause et les circonstances ou conditions avec un rôle causal) et les éléments qui n'ont pas une efficacité causale.

Un autre critère pour la détermination du lien causal est trouvé dans les dispositions de la loi. Ces dispositions ont valeur de principe. Qui intègre dans le lien de causalité toutes les

---

[881] I.M. Anghel, F. Deak, M.F. Popa, *op.cit*., p. 97 ; T.R. Popescu, *Teoria generala a obligatiilor* (*Théorie générale d'obligations*), Editura Stiintifica, Bucarest, 1968, p. 177.

[882] C. Statescu, C. Birsan, *op.cit*.

[883] M. Eliescu, *Raspunderea civila delictuala* (*La responsabilité délictuelle*), Editura Academiei, Bucarest, 1972, p. 131.

[884] *Ibidem*.

[885] V. Stoica, « Relatia cauzala complexa ca element al raspunderii civile delictuale in procesul penal » (« La relation causal complexe comme élément de la responsabilité civile délictuelle dans le procès pénal »), *RRD* 2/1984, p. 35.

actions qui ont rendu possible dans un mode réel et effectif la création de la faute ou du fait illicite qui, ensuite, a eu le rôle de cause.

D'une manière générale, la causalité fait partir de la substance de la responsabilité délictuelle. Il existe une interdépendance entre le deux dans le sens que « *s'il n'y a pas une de causalité, il n'existe aucune responsabilité* »[886].

Toutefois, « *le lien causal établi entre le dommage et le fait générateur peut être écarté par le responsable invoquant la cause étrangère* »[887].

Le lien de causalité entre les circonstances de la rupture des pourparlers et le dommage est présumé par la loi jusqu'à *juris tantum*. La règle est posée par le chapitre deux du Code civil (« *Des délits et des quasi-délits* »), tels qu'ils sont interprétés par la jurisprudence : « *que la présomption de responsabilité ne peut être détruite que par la preuve d'un cas fortuit ou de force majeure ou d'une cause étrangère [...]* »[888]. Donc, si les circonstances de la rupture brutale des négociations sont extérieures ou étrangères à la partie présumée fautive, la responsabilité ne sera pas engagée.

En droit civil roumain, les causes exonératoires de responsabilité sont les situations ou les circonstances en présence desquelles ne sont pas remplies une ou plusieurs conditions prévues par la loi dans un mode impératif pour obliger une personne à réparer un préjudice. Si le préjudice existe, ces causes ou circonstances peuvent ôter le caractère illicite du fait, la faute ou le rapport de causalité (le lien de causalité)[889.]

Quant à la façon de réglementer la faute, le droit roumain se rapproche davantage du système romano-germanique, car l'illicéité et la faute sont des conditions distinctes de la responsabilité extracontractuelle. Jusqu'à l'apparition du nouveau Code civil, le droit roumain prévoyait certaines causes qui ôtaient le caractère illicite du fait même si une personne causait à autrui un dommage. Il s'agissait de la légitime défense, l'état de nécessité, la réalisation d'activités imposées ou permises par la loi ou par l'ordre du supérieur, l'exercice d'un droit et le consentement de la victime.

---

[886] M. Uliescu, « Raspunderea civila. Dispozitii generale », *in* M. Uliescu (*dir.*), *Noul code civil. Studii si comentarii*. *Despre obligatii*, vol. III, p. I, cartea a V-a, Universul Juridic, Bucuresti, 2014, p. 452.

[887] M. Bacache-Gibeili, *Droit civil. Les Obligations. La responsabilité civile extracontractuelle*, 2e éd., t. V, Economica, Paris, 2012, p. 542, n° 486.

[888] Cass. 2e civ., 20 mars 1960, *Bull.civ*. II, n° 89, obs. Durry, *RTD civ*. 1968, p. 722.

[889] avocatconsult.net/cauzele-care-exclud-existenta-raspunderii-civile.

La doctrine et la jurisprudence ont également établi certaines circonstances qui suppriment la responsabilité comme le fait de la victime et le fait d'un tiers ; l'ancien Code civil dans les articles 1082 et 1083 prévoyait expressément que la force majeure et le cas fortuit excluaient la responsabilité civile.

Il convient préciser que les situations exclusives du caractère illicite du fait ainsi que les circonstances faisant disparaître la faute avaient une caractéristique commune, l'exonération de la responsabilité civile, même si elles étaient prévues par des réglementations différentes ou qu'elles étaient retenues par la doctrine ou par la jurisprudence.

Le nouveau Code civil roumain a le mérite de donner un caractère unitaire aux causes d'exonération du point de vue législatif. Ainsi, il les regroupe dans le chapitre IV, « *Responsabilité civile* », Section 2, articles 1351-1356, intitulée « *Causes exonératoires de responsabilité* » et Section 3, articles 1360-1364, article 1371, « *Responsabilité du fait propre* ». Également, le nouveau Code a également donné un caractère normatif (impératif) aux autres causes d'exonération, aux clauses qui peuvent limiter la responsabilité et aux clauses qui excluent ou limitent la responsabilité contractuelle.

En conclusion, condition essentielle de la responsabilité civile, la causalité exige un double rapport : d'un côté, la faute doit être la cause de l'atteinte subie par la victime et, d'un autre côté, la victime ne sera dédommagée que de la suite directe du dommage[890].

Toutefois, le lien de causalité peut être écarté si le débiteur fait la preuve que le dommage a été causé par une cause étrangère.

[890] P. Malaurie, L. Aynès, P. Stoffel-Munck, *op.cit.*, p. 39, n° 88.

CONCLUSIONS DE LA PREMIÈRE PARTIE

En pratique, les contrats qui ont un caractère complexe sont précédés par une phase précontractuelle. Au cours de cette phase les parties négocient les termes de leur futur engagement. La négociation a pour résultat soit la conclusion du contrat, soit la rupture des négociations et ainsi la non-conclusion du contrat.

La phase de pourparlers contractuels est gouvernée par le principe de l'autonomie de la volonté et le principe de la bonne foi précontractuelle. Ainsi, à la lumière de l'autonomie de la volonté, les parties ont la liberté d'initier des négociations, de poursuivre des négociations et même de mener des pourparlers en parallèle. En outre, l'autonomie de la volonté donne aux parties la liberté de rompre unilatéralement les négociations en cours.

Cependant, le principe de l'autonomie de volonté est tempéré par le principe de bonne foi. Dans la phase de négociation libre du contrat, la bonne foi oblige les parties « *à un comportement loyal vis-à-vis du futur partenaire, à ne pas chercher à l'inciter, contre son intérêt, à conclure un contrat* »[891]. En effet, si une partie manque cette obligation et elle commet une faute, l'auteur qualifié de mauvaise foi va engager sa responsabilité civile.

En droit français et roumain, la responsabilité qui s'engage lors des pourparlers est de nature délictuelle. Ainsi, de nombreuses décisions ont témoignent que « *l'abus du droit de rompre les pourparlers se présente […] comme le fondement de la responsabilité délictuelle* »[892]. Dans l'arrêt *Manoukian* ou l'arrêt du 26 novembre 2003 rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation française, a été retenue comme fondement de la responsabilité délictuelle la « *faute commise dans l'exercice du droit de rupture unilatérale des pourparlers précontractuels* »[893].

Pourtant, en raison de l'absence d'une réglementation relative aux conditions de la responsabilité précontractuelle, dans la doctrine il y a une controverse sur le fondement

---

[891] M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations. 1 – Contrat et engagement unilatéral*, 3e éd., PUF, Paris, 2012, p. 70.

[892] *Ibidem*, p. 532, n° 735.

[893] Cass.com. 26 novembre 2003, *Bull.civ.* IV, p. 206, n° 186 ; Cass. 3e civ. 3e, 28 juin 2006, *Bull.civ.* III, p. 136, n° 164.

juridique de la responsabilité délictuelle pour rupture des pourparlers[894]. Il existe des auteurs qui proposent l'élimination de la notion d'abus de droit car la rupture des négociations serait l'exercice d'une liberté et non d'un droit[895]. Par ailleurs, une autre partie de la doctrine affirme qu' « *une autre acceptation de la faute est parfaitement concevable, qui conduit à considérer, sur le fondement de la liberté de contracter, que la décision de rompre des négociations ne peut jamais être constitutive d'une faute ; la faute ne pouvait naître que des circonstances dans lesquelles la rupture intervient ou que cette dernière révèle* »[896].

En résumé, nous avons constaté que dans tous les systèmes juridiques étudiés l'appréciation de la faute précontractuelle se fait par rapport au standard de *bonus pater familias* ou d'une personne raisonnable. Également, certains éléments objectifs caractérisent la violation de l'obligation de bonne foi comme la brutalité de la rupture ou la rupture faite sans motif légitime, la durée des pourparlers, l'absence d'intention de conclure le contrat, la revendication soudaine d'un prix excessif, le refus de se soumettre à certaines formalités légales[897].

Il faut toutefois rappeler que la phase de négociation libre est caractérisée par l'autonomie de volonté et qu'ainsi les parties ont une grande liberté dans la manière de porter et de mettre fin aux négociations. Savant cet esprit, la sanction de la faute précontractuelle doit rester exceptionnelle.

---

[894] J. Ghesti, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, « La formation du contrat. Le contrat – Le consentement », *in* J. Ghestin (*dir.*), *Traité de droit civil*, t. I, 4e éd., LGDJ, Paris, 2013, p. 556, n° 771.

[895] Cass.com., 7 janvier et 22 avril 1997, *D.* 1998, note P. Chauvel, p. 45 et s.

[896] M. Deshayes, « Refus de l'indemnisation de la perte de chance de tirer profit du contrat en cas de rupture fautive des pourparlers », note ss. Cass. 3e civ., 28 juin 2006, *JCP* 2003.II.10130, p. 1511.

[897] L. F. Kuyven, *La responsabilité précontractuelle dans le commerce international : fondements et règles applicables dans une perspective d'harmonisation*, thèse, Université de Strasbourg – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2010, p. 435 et s.

Deuxième partie

L'évolution de la responsabilité civile dans la phase de négociation organisée

Afin de passer à l'étude effective de la responsabilité civile dans la phase de négociation organisée, nous allons présenter la différence entre la responsabilité délictuelle et contractuelle à la lumière conditions de mise en jeu de la responsabilité civile.

Les deux responsabilités ont des sources législatives différentes. En effet, la responsabilité délictuelle résulte des dispositions de l'article 1382 du Code civil français[898] et de l'article 1349 du nouveau Code civil roumain[899], alors que la responsabilité contractuelle dérive de l'application des articles 1147 du Code civil français[900] et 1350 du nouveau Code civil roumain[901].

Pourtant, « *la responsabilité contractuelle a été dès l'origine, et reste aujourd'hui, une notion controversée* »[902]. Elle suppose la réparation d'un dommage causé par la violation d'une obligation prévue dans le contrat. Or, par opposition à l'engagement de la responsabilité délictuelle qui présume la réalisation de trois conditions à savoir une faute, un dommage et un

---

[898] L'art. 1382 du C.civ.fr. : « *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* ».

[899] L'art. 1349 du n.C.civ.ro. : « *(1) Toute personne a le devoir de respecter les règles de conduite que la loi ou les usage du lieu imposent et de ne pas porter atteinte, par ses actions ou par ses inactions, aux droits et intérêts légitimes des autres personnes. (2) Celui qui, ayant la capacité de discernement, agit en violation de ce devoir répond de tous les préjudices causés et est tenu de les réparer intégralement. (3) Dans certains cas expressément prévus par la loi, une personne est obligée de réparer le préjudice causé par le fait d'autrui, par les choses ou les animaux se trouvant sous sa garde ainsi que par la ruine de son édifice. (4) La responsabilité née des préjudices causés par les produits défectueux est régie par une loi spéciale* ».

[900] L'art. 1147 du C.civ.fr. : « *Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part* ».

[901] L'art. 1350 du n.C.civ.ro. : « *(1) Toute personne doit exécuter les obligations qu'elle a contractées. (2) Lorsque, sans raison valable, elle n'exécute pas cette obligation, elle répond du préjudice causé à l'autre partie et elle est tenue à réparation, aux conditions de la loi. (3) Si la loi n'en dispose autrement, aucune des parties ne peut écarter l'application des règles de la responsabilité contractuelle pour d'autres règles qui lui seraient plus favorables* ».

[902] G. Viney, « Introduction à la responsabilité », J. Ghestin, *Traité de droit civil*, 3e éd., LGDJ, Paris, 2008, p. 395, n° 161.

lien de causalité entre la faute et le dommage[903], aucune norme des codes civils ne définit expressément les conditions de mise en jeu de la responsabilité contractuelle.

Ainsi, la nécessité d'un préjudice dans l'engagement, l'exigence d'une faute dans le comportement du débiteur ou l'absence d'une théorie générale de la causalité suscitent un important débat dans la doctrine juridique[904].

D'abord, l'exigence d'un dommage est une condition essentielle de la responsabilité. Cependant, en droit français, aucun article ne pose explicitement le principe de la nécessité d'un dommage pour la responsabilité contractuelle. Le nouveau Code civil roumain dispose en revanche à l'article 1350, alinéa 2 que lorsque une partie n'exécute pas une obligation contractuelle, « *elle répond du préjudice causé à l'autre partie et elle est tenu à réparation, aux conditions de la loi* ».

En outre, le projet français de réforme de droit de la responsabilité civile de 2011 sous la direction de monsieur le professeur Terré, dispose au premier article que « *constitue un délit civil tout dommage illicitement causé à autrui* » (alinéa 1er) et que « *tout fait qui cause à autrui un tel dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* » (alinéa 2ème). Également, le projet définit le dommage comme « *[...] toute atteinte certaine à un intérêt de la personne reconnu et protégé par le droit* » (article 8, alinéa 1er).

D'une manière générale, en matière de responsabilité contractuelle, le dommage doit être prévu ou être prévisible lors de la formation du contrat[905]. Ainsi, à la lumière de l'article 1150 du Code civil français, « *le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée* ». Cette condition est un autre élément de différence entre les deux responsabilités, elle n'était pas exigée pour la responsabilité délictuelle.

Par ailleurs, introduit par un arrêt de la Cour de cassation française du 20 octobre 1954 et déduit des articles 1382 et 1149 du Code civil français, le principe de la réparation intégrale du préjudice s'applique à l'identique tant en responsabilité contractuelle (à l'exception des cas

---

[903] L'art. 1382 du C.civ.fr., *loc.cit.* ; l'art. 1357 du n.C.civ.ro. : « *(1) Celui qui cause à autrui un préjudice par un fait illicite, commis de manière fautive, est tenu de la réparer. (2) L'auteur du préjudice répond même de sa faute non intentionnelle la plus légère* ».

[904] T. Heurtault, *Est-il pertinent de parler de causalité en matière de responsabilité contractuelle ?*, mémoire, *dir.* D. D'Ambra, Université de Strasbourg, p. 4.

[905] F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, 11e éd., Dalloz, Paris, 2013, p. 924, n° 869.

où la loi prévoit des forfaits et des plafonds) que extracontractuelle et souligne les impératifs juridique : *tout le dommage, rien que le dommage*[906].

Ensuite, le deuxième élément essentiel pour la mise en jeu de la responsabilité contractuelle prévu dans le droit positif et les projets de reforme[907] est le fait générateur de la responsabilité contractuelle. Défini comme « *l'erreur de conduite moralement blâmable que n'aurait pas commise un homme prudent, diligent et avisé placé dans la même situation* »[908], la faute dommageable a été la source des diverses opinions dans la doctrine au sujet de la comparaison entre le fait générateur de la responsabilité contractuelle et celui de la responsabilité délictuelle[909].

Ainsi, une partie de la doctrine a affirmé qu'il n'existe de responsabilité contractuelle que si la faute est lourde (*culpa lata*) ou légère (*culpa levis*), alors que la faute la plus légère (*culpa levissima*) suffit à engager la responsabilité délictuelle[910]. Il existe une autre partie de la doctrine qui affirme qu'à l'opposition de la responsabilité délictuelle, qui suppose une faute, la responsabilité contractuelle se fonde sur un simple « *fait* » dommageable[911].

En définitive, le dernier courant doctrinal affirme que cette première opinion « *ne trouvent plus aucun appui dans le droit positif* »[912] et il énonce le principe de l'unité de la faute contractuelle[913]. Donc, « *chaque débiteur est tenu de l'intégralité des fautes qu'il commet, appréciées toutefois à la lumières des termes de l'accord de volonté conclu entre les parties, ainsi que selon le modèle abstrait du bon père de famille* »[914].

---

[906] M. Bacache-Gibeili, « Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle », *in* C. Larroumet (*dir.*), *Traité de droit civil*, t. V, 2e éd., Economica, Paris, 2012, p. 639, n° 561.

[907] L'art. 5 du projet Terré sur la responsabilité civile (2011) : « *La faute consiste, volontairement ou par négligence, à commettre un fait illicite. Un fait est illicite quand il contrevient à une règle de conduite imposée par la loi ou par le devoir général de prudence et de diligence* ».

[908] B. Starck, H. Roland, L. Boyer, *Droit civil. Les obligations. 2 - Le contrat*, 6e éd., Litec, Paris, 1999, n° 1697.

[909] J. Ghestin, G. Viney, *op.cit.*, p. 422, n° 167.

[910] F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *op.cit.*, p. 924, n° 869.

[911] H. Mazeaud, « Essai de classification des obligations », *RTD civ.* 1963, p. 1 et s.

[912] J. Ghestin, G. Viney, *op.cit.*, p. 423, n° 167.

[913] P. Malaurie, L. Aynès, P. Stoffel-Munck, *Droit civil. Les obligations*, 6e éd., LGDJ, Paris, 2013, p. 485, n° 935.

[914] T. Heurtault, *op.cit.*, p. 9.

Enfin, « *le lien de causalité occupe topologiquement et logiquement une place centrale dans la responsabilité civile* »[915]. Topologiquement, car le lien de causalité se trouve entre le fait générateur et le préjudice et logiquement, en ce que la condition du lien causal est demandée dès que les deux autres conditions ont été établies.

Pierre angulaire de l'engagement de la responsabilité civile, la causalité a des multiples fonctions[916]. Ainsi, elle désigne le responsable du dommage et la victime à qui le dommage a été causé. Également, la causalité établit le quantum de la créance en réparation du dommage subi par le débiteur.

Toutefois, dans le droit positif, la condition d'établir un lien de cause à effet entre un acte et un dommage a été progressivement remise en cause[917]. D'ailleurs, une partie de la doctrine a proposé « *que le juge s'abstienne de l'analyse de la causalité, ou que cette condition soit remplacée par la simple opposition d'une fin de non recevoir à la victime qui ferait état d'un préjudice trop distant avec la faute du défendeur, ou encore que la notion causalité soit absorbée par celle de dommage* »[918].

Malgré les tendances juridiques récentes, nous nous rallions à l'opinion selon laquelle le lien de causalité garde toujours une place centrale au sein des conditions de la responsabilité civile de nature contractuelle en dépit de sa « *fragilité* »[919]. En effet, la causalité a le rôle effectif de mesurer l'obligation de réparation donc de constituer le mouvement de valeur. Cela signifie que la causalité ne se limite pas qu'au lien juridique de cause à effet entre le fait dommageable et le préjudice mais qu'elle s'étend « *au-delà du préjudice, jusqu'à l'indemnisation de la victime* »[920]. Ainsi, il y a une deuxième dimension du lien de causalité défini par la cause de l'obligation de réparer le préjudice causé.

---

[915] C. Quézel-Ambrunaz, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, thèse, Université de Savoie, Dalloz, Paris, 2010, p. 2, n° 2.

[916] *Ibidem*, p. 3, n° 2.

[917] G. Pignarre, « *La responsabilité. Débat autour d'une polysémie* », in H. Groutel, *La responsabilité civile à l'aube du XXIe siècle. Bilan prospectif*, Colloque 2000 Chambéry, LexisNexis, Paris, 2001, p. 10

[918] C. Quézel-Ambrunaz, *op.cit.*, p. 15, n° 10.

[919] *Ibidem*, p. 335, n° 354.

[920] *Ibid.*, p. 336, n° 355

En conclusion, nous pouvons définir le lien de causalité comme le « *mouvement de valeur, cause de l'obligation de réparation due à la victime par celui dans la sphère d'autorité duquel est née la cause du dommage* »[921].

Le cadre général de la responsabilité contractuelle étant posé, il convient de s'interroger ensuite, dans une première partie, sur la présentation de la phase des négociations organisées du contrat (**Titre I**) et, dans une deuxième partie, de se pencher sur les conditions qui engagent la responsabilité civile lors de l'inexécution d'un avant-contrat (**Titre II**).

[921] *Ibid.*, p. 689, n° 661.

TITRE PREMIER Caractérisation de la phase de négociation organisée du contrat

Le processus contractuel est divisé classiquement en deux phases distinctes : la phase de la formation du contrat et la phase de l'exécution du contrat. Chacune de ces deux phases a ses propres règles qui les caractérisent et son propre régime de responsabilité civile. Par ailleurs, la phase de la formation a le rôle d'encadrer et d'aider à la formation du consentement des partenaires à la négociation et celle de l'exécution de réaliser l'objectif en vue duquel les parties ont donné leurs contentements.

Compte tenu du sujet de la thèse, la responsabilité civile dans la période d'élaboration de contrat, notre analyse se limitera qu'à la première phase.

La jurisprudence et les doctrines française et roumaine ont distingué deux étapes lors de la phase de formation du contrat. Il y a la période des pourparlers et celle des accords précontractuels, aussi nommés *avant-contrats*. Pourtant, étant donné que les avant-contrats sont considérés comme de véritables contrats dans les deux systèmes de droit, les règles de la phase de l'exécution du contrat s'appliquent également à eux.

Afin de déterminer quels sont les principes régulateurs de la négociation organisée du contrat (Chapitre II), nous allons procéder à une comparaison entre la phase libre et la phase organisée de la période précontractuelle (Chapitre I).

CHAPITRE PREMIER L'approche comparative de la phase libre et de la phase organisée

Il est important de commencer par faire une analyse entre la formation et l'exécution du contrat car les derniers arrêts de la Cour de cassation française[922] nous montrent que « *dans l'esprit de certains magistrats, la frontière entre la formation et l'exécution du contrat n'est pas étanche* »[923].

Ainsi, ce premier chapitre se propose de faire dans un premier temps la différence entre la *formation* et l'*exécution* et la ressemblance de cette comparaison avec les deux périodes de la phase précontractuelle (Section 1), avant de voir, dans un second temps, la « *formation* » et l'« *exécution* » du contrat dans les démarche d'unification du droit (Section 2).

Section 1. Les notions de « *formation* » et d' « *exécution* » du contrat dans la tradition juridique romaniste

La notion de formation désigne « *[...] la phase d'élaboration du contrat que l'aboutissement de celle-ci marquée par la réunion de toutes les conditions nécessaires à la perfection de l'accord et à la naissance de l'obligation* »[924]. Dans un sens général, l'exécution représente la « *réalisation effective des dispositions d'une convention [...]* »[925]. Donc, la formation et l'exécution sont des étapes distinctes qui se succèdent et qui ont chacune leur propre rôle. En principe, la notion de *formation* est associée à la phase de l'élaboration du contrat, et celle d'*exécution* à la phase durant laquelle les parties exécutent les obligations convenues lors de la phase d'élaboration

Sous-section 1. Distinction entre la formation et l'exécution du contrat en droit roumain

[922] Cass.com. 25 juin 2013, n° 12-17.583, *D.* 2013.1682 ; *RTD civ.* 2013.833, obs. B. Fages.

[923] S. Amrani-Mekki, M. Mekki, « Droit des contrats décembre 2012 - janvier 2014 », *D.* 10/2014, p. 630.

[924] G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 10e éd., PUF, Paris, 2014, p. 473.

[925] *Ibidem*, p. 429.

En droit roumain comme en droit français, la phase précontractuelle présente une particularité. En effet, même si les parties entrent dans une phase de négociation avec l'espoir[926] de conclure le contrat, et donc de former leur consentement définitif, elle est divisée en deux étapes définies par le sens général des termes *formation* et *exécution*. Ainsi, il existe une étape qualifiée de phase des pourparlers, où les parties ont une liberté très peu limitée, et une seconde étape au cours de laquelle les parties peuvent conclure des avant-contrats soit pour fixer juridiquement les éléments acquis lors de la négociation, soit pour organiser les discussions à venir, ou pour réaliser ces deux objectifs en même temps.

Le droit roumain suit *volens nolens* la réalité de la pratique et la tendance européenne et internationale. Classiquement, la conclusion du contrat représente l'union spontanée et instantanée entre l'offre et l'acceptation. Cependant, la vie juridique, et en particulier le droit commercial, nous a montré qu'il existe un véritable processus dans le temps afin de former le contrat. Ainsi, la doctrine roumaine a affirmé qu'il existe autant d'étapes qui sont nécessaires soit pour former le consentement des parties, soit pour déterminer l'objet du contrat futur[927].

Pour organiser ces étapes, les parties ont à leur disposition des instruments juridiques qui portent le nom générique d'« *antecontracte* », ce qui signifie « *avant-contrats* ». Ainsi, tous ces avant-contrats ont un objet commun : la création d'une obligation qui a pour finalité la conclusion d'un contrat.

L'ancien Code civil roumain ne réglementait pas l'avant-contrat. Pourtant, de la liberté contractuelle résultait, implicitement et *a fortiori*, qu'« *en principe, tout contrat peut être précédé par un avant-contrat ; ainsi […] dans la mesure où les parties peuvent contracter, dans la même mesure elles peuvent pré-contracter* »[928].

L'avant-contrat est une convention[929] et, en tant que telle, les dispositions relatives aux contrats lui seront appliquées. Plus précisément, l'avant-contrat doit remplir les conditions essentielles de l'article 984 de l'ancien Code civil : « *les conditions essentielles pour la*

---

[926] « *Espérer, c'est désirer sans savoir* », A. Compte-Sponville, *Le bonheur, désespérément*, Librio, Paris, 2012, p. 37.

[927] J. Goicovici, « Formarea progresiva a contractelor. Notiune si sfera de aplicare », *Dreptul* 7/2008, p. 15.

[928] I. Albu, « Raspunderea civila precontractuala », *Dreptul* 7/1993, Bucarest, p. 42, n° 2.

[929] L'ancien Code civil roumain utilise les termes « *contrat* » et « *convention* » comme des synonymes.

validité d'une convention sont : la capacité de contracter ; le consentement valable de la partie qui s'oblige ; un objet déterminé ; une cause licite ».

Pour ce qui est de la forme de l'avant-contrat, il résulte du principe du consensualisme que celle-ci peut être librement choisie par les parties. Dans les cas où la loi exige, pour la validité ou la preuve de certains contrats, un formalisme particulier (acte écrit, authentique ou sous-seing privé), la doctrine roumaine considère qu'il n'est pas nécessaire que l'avant-contrat ait la même forme que le contrat qu'il précède[930].

Avant la réforme du Code civil de 2011, la doctrine et la jurisprudence roumaines classaient en général les obligations nées des avant-contrats dans la catégorie des obligations de faire qui ne peuvent être exécutées en nature sans l'accord du débiteur[931].

Il est utile de mentionner que, même si le Code civil roumain de 1864 a eu comme source principale d'inspiration le Code Napoléon de 1804 qui affirme que toutes les obligations de faire se résolvent en équivalent[932], les dispositions du code roumain relative à l'exécution de l'obligation de faire donnait la possibilité d'exécuter en nature, donc une exécution forcée de l'obligation de faire[933].

En effet, le droit roumain classait l'obligation de faire dans des obligations de faire dont l'exécution nécessitait le fait du débiteur et des obligations de faire susceptibles d'être exécutées par une autre personne que le débiteur. Ainsi, seule la seconde situation pouvait faire l'objet d'une exécution en nature, les obligations de faire à caractère *intuitu personae* n'étant exécutées que par équivalent.

En ce qui concerne la responsabilité civile en cas d'inexécution de l'obligation précontractuelle issue de l'avant-contrat, la doctrine l'a qualifiée comme « *une responsabilité contraventionnelle à laquelle s'applique, par similarité, les règles de la responsabilité contractuelle* »[934]. En effet, l'engagement de la responsabilité contractuelle se justifie par le fait que les règles qui régissent le contrat s'appliquent également à l'avant-contrat.

---

[930] T.R. Popescu, P. Anca, *Teoriea generala a obligatiilor*, Editura stiintifica, Bucarest, 1968, p. 80 et s. ; C. Statescu, C. Birsan, *Teoria genarala a obligatiilor*, Editura Academiei, Bucarest, 1981, p. 63 et s.

[931] I. Albu, *loc.cit.*, p. 44, n° 3.

[932] L'art. 1142 du C.civ.fr. : « *Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur* ».

[933] I. Albu, *loc.cit.*, p. 44, n° 4, NBDP n° 27.

[934] *Ibidem*, p. 45, n° 4.

Le nouveau Code civil roumain de 2011 dispose désormais à l'article 1182 alinéa 1er que « *le contrat est conclu par sa négociation entre les parties ou par l'acceptation sans réserve d'une offre de contracter* ». Ainsi, les dispositions nouvelles par rapport au Code civil roumain de 1864 donnent un aspect dynamique à la conclusion du contrat en régissant « *en détail les modalités de la rencontre de l'offre et de l'acceptation, y compris les incidents pouvant découler du caractère imparfait de cette rencontre* »[935].

En effet, la complexité des contrats, les intérêts économiques et financiers contrarient le schéma classique de la formation instantanée du consentement par la rencontre de l'offre et de l'acceptation. Donc, le consentement connaît un développement tout au long de la phase précontractuelle, laquelle peut être marquée à certaines étapes par des accords juridiques.

Ainsi, les parties sont amenées, en conduisant des négociations, à former des accords partiels que le droit positif reconnaît comme de véritables contrats auxquels sont applicables les règles générales de la matière contractuelle ou un régime juridique spécifique comme c'est le cas du pacte de préférence[936], de la promesse de contracter[937] ou du contrat-cadre[938].

Or, même si les avant-contrats ont la qualité de contrats dont l'inexécution entraînera la responsabilité contractuelle, le nouveau Code civil prévoit aussi comme sanction des dommages et intérêts, sanction pourtant caractéristique de la responsabilité délictuelle[939].

Sous-section 2. Caractérisation de la formation et de l'exécution du contrat en droit français

---

[935] B. Dumitrache, « Commentaire introductif au Livre V. Des obligations. Titres Ier à VIIIe relatifs aux obligations en général », *in* D. Borcan, M. Ciuruc (*dir.*), *Nouveau Code civil Roumain. Traduction, commentée*, Dalloz, Paris, 2013, p. 335.

[936] L'art. 1278, al.1er du n.C.civ.ro. : « *Lorsque les parties conviennent que l'une d'entre elles reste tenue par sa propre déclaration de volonté et que l'autre peut l'accepter ou la refuser, la déclaration est réputée être une offre irrévocable et produit les effets prévus à l'article 1191* ».

[937] L'art. 1279, al.1er du n.C.civ.ro. : « *La promesse de contracter doit contenir toutes les clauses du contrat promis en l'absence desquelles les parties ne pourraient exécuter la promesse* ».

[938] L'art.1176, al. 1er du n.C.civ.ro. : « *Le contrat-cadre est l'accord par lequel les parties conviennent de négocier, de conclure ou de maintenir des rapports contractuels dont les éléments essentiels sont déterminés par le contrat-cadre* ».

Le droit positif français ne contient presque aucune disposition sur les avant-contrats. Les seules règles concernent la promesse unilatérale et elles sont prévues aux articles 1589-1 et 1589-2 du Code civil français.

Compte tenu du manque de normes relatives à la formation du contrat, la doctrine française fait une analyse générale sur les différences entre la phase de la formation et celle de l'exécution du contrat. En s'inspirant de cette analyse, notre démarche analytique sera déductive, en appliquant l'étude générale de la doctrine à la phase de l'élaboration du contrat.

La distinction entre la phase de la formation et celle de l'exécution du contrat[940] est faite au niveau des règles et des sanctions qui leur sont attachées. En effet, une dichotomie apparaît[941] : d'abord, il y a une période pendant laquelle l'obligation juridique se forme et, ensuite, il y a une autre période pendant laquelle elle s'exécute.

Plus concrètement, la distinction entre la phase de la formation du contrat et celle de l'exécution du contrat a deux rôles. Premièrement, elle a le but de hiérarchiser et d'organiser le processus contractuel de telle sorte que l'exécution s'entend de la mise en œuvre de ce qui a été formé. En ayant ce rôle, la distinction garantit l'élaboration du contrat et lui donne le caractère d'un acte de prévision[942]. Ainsi, la représentation relative de prestations futures devient concrète en ayant des repères dans le présent[943].

Deuxièmement, la distinction divise le processus contractuel en deux parties claires avec des règles et sanctions propres à chacune.

Le processus contractuel ainsi partagé en deux phases, la doctrine a essayé de donner des définitions propres à chacune d'entre elles. La formation « *désigne aussi bien la phase*

---

[939] Par exemple, l'art. 1279, al. 2ème du n.C.civ.ro. dispose que « *en cas d'inexécution de la promesse* [de contracter]*, le bénéficiaire a droit à des dommages-intérêts* ».

[940] « *On ne peut pas évoquer les mésaventures qu'a récemment connu une autre présentation académique, à ce point traditionnelle qu'elle constitue le plan de la quasi-totalité des ouvrages et des cours contemporains de droit des obligations, à savoir la distinction entre la formation et l'exécution du contrat* », D. Mazeaud, « Regards positifs et prospectifs sur "le nouveau mode contractuel" », *P.A.* n° 92, 2004, p. 48 et s.

[941] O. Penin, *La distinction de la formation et de l'exécution du contrat. Contribution à l'étude du contrat acte de prévision*, thèse, Université Paris II (Panthéon-Assas), LGDJ, Paris, 2012, p. 3.

[942] H. Lecuyer, « Le contrat, acte de prévision », *in* Mélanges en hommage à François Terré, *L'avenir du droit*, t. I, Dalloz, PUF, Paris, 1999, p. 643 et s.

[943] J.-P. Dupuy, *Pour un catastrophisme éclairé. Quand l'impossible est certain*, Seuil, Paris, 2002, p. 164.

d'élaboration du contrat que l'aboutissement de celle-ci marquée par la réunion de toutes les conditions nécessaires à la perfection de l'accord et à la naissance de l'obligation »[944]. La formation caractérise donc l'action des parties de donner la forme, l'identité et le contenu du contrat futur[945].

L'exécution désigne quant à elle « *la réalisation d'une obligation ou d'un devoir juridique, le processus qui permet de faire passer le droit dans les faits, de faire coïncider ce qui est et ce qui doit être* »[946]. Ainsi, l'exécution ne caractérise pas l'action des parties de mettre en œuvre leur volonté, mais le résultat de celle-ci.

Le Code civil français ne contient, dans son titre III, « *Des contrats et des obligations conventionnelles en général* » du livre III, « *Des différentes manières dont on acquiert la propriété* »[947], aucune disposition qui fasse de distinction entre la formation et l'exécution du contrat. Ainsi, la doctrine a cherché la séparation des deux phases dans des règles qui apparaissaient masquées dans l'organisation des dispositions[948].

Par le processus de formation du contrat, les parties font une action qui a pour résultat la forme, l'identité et le contenu de leur volonté. Les règles gouvernant la phase de formation doivent ainsi réglementer ce résultat. Aussi, leur but doit être de déterminer positivement ou négativement ce qu'est un contrat. Donc, les parties manifestent leur volonté de conclure le contrat dans le « *cadre légal impératif* »[949] instauré par les règles de formation.

En considérant la loi telle qu'elle existe (*de lege lata*), la validité du contrat est étudiée par la doctrine à la lumière de la nullité[950]. Ainsi, la validité constitue « *un élément considéré*

---

[944] G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 10e éd., PUF, Paris, 2014, p. 473.

[945] O. Penin, *op.cit.*, p. 6.

[946] D. Alland, S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy/PUF, 2003, p. 678.

[947] Plus exactement, il s'agit de quatre chapitres : le ch. II « *Des conditions essentielles pour la validité des conventions* » ; le ch. III « *De l'effet des obligations* » ; le ch. IV « *Des diverses espèces d'obligations* » ; le ch. V « *De l'extinction des obligations* ».

[948] O. Penin, *op.cit.*, p. 15.

[949] C. Larroumet, « Les obligtions. Le contrat. Conditions de formation », *in* C. Larroumet (*dir.*), *Droit civil*, 1er partie, t. III, Economica, Paris, 2007, p. 200, n° 224.

[950] M. Mekki, « Nullité et validité en droit des contrats. Un exemple de pensée par les contraires », *RDC* 2006, p. 75.

comme essentiel par la loi ou par la volonté des parties qui, en cas d'absence, entraîne la nullité du contrat et éventuellement la mise en œuvre de la responsabilité délictuelle »[951].

La nullité sanctionne alors la violation d'une règle de formation en supprimant « *la situation juridique illicite créée par la conclusion du contrat au mépris d'une règle impérative de formation* »[952]. La fonction de la nullité est donc d'empêcher la validation de l'acte juridique irrégulier.

En revanche, les règles relatives à l'exécution du contrat ont une autre fonction. Étant donné que l'exécution se caractérise par la réalisation des prestations et les difficultés qui permettent de les obtenir[953], les règles qui y correspondent désignent l'ensemble des dispositions qui régissent l'accomplissement des obligations contenues dans le contrat[954].

Par opposition aux règles de formation qui régissent la *matérialisation* des volontés des parties dans une forme juridique unique, celles d'exécution créent le cadre juridique de la *dématérialisation* des volontés réunies dans la réalité.

Autrement dit, si le rôle des règles de formation est d'encadrer la normativité du contrat, la fonction des dispositions d'exécution est de permettre la réalisation du contrat sur le plan matériel et de lui donner un contenu obligatoire[955].

Les règles de droit se caractérisent par une structure logique, un « *stéréotype* »[956]. La doctrine affirme ainsi qu'il y a une relation d'imputation entre un présupposé et un effet juridique[957].

Appliqué à la règle de la formation, le *stéréotype* comprend les normes qui régissent la forme, l'identité et le contenu du contrat ainsi que leurs effets juridiques. Dès lors, dans les présupposés se réunissent toutes les exigences requises pour créer une norme juridique[958].

---

[951] V.O. Milhac, *La notion de condition dans les contrats à titre onéreux*, thèse, LGDJ, Paris, 2001, p. 75.

[952] C. Guelfucci-Thibierge, *Nullité, restitutions et responsabilité*, thèse, LGDJ, Paris, 1992, p. 233, n° 375.

[953] C. Brenner, *L'acte conservatoire*, thèse, LGDJ, 1999, p. 36.

[954] E. Putman, *La formation des créances*, Thèse, Aix-Marseille, 1987.

[955] H. Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, Dalloz, Paris, 2002, p. 30.

[956] R. Stamler, *Théorie de la science juridique*, 2e éd., Halle, Paris, 1923, p. 190.

[957] *Ibidem*.

[958] L'art. 1134, al. 1er du C.civ.fr. : « *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* ».

L'effet juridique, quant à lui, correspond à « *ce que l'ordre juridique impute à la satisfaction de son présupposé, à savoir la validation de cette norme* »[959].

Le stéréotype de la règle de formation peut se traduire par l'équation suivante : les manifestations de volontés forment le contrat si elles satisfont aux conditions proposées par l'ordre juridique.

L'architecture des règles relatives à la phase de l'exécution se distingue par leur présupposé. En effet, puisque la règle d'exécution est abstraite et impersonnelle tandis que l'exécution effective est concrète et personnelle[960], la construction de la norme d'exécution requiert la présence d'une entité juridique à laquelle le droit confère une portée obligatoire. Cela signifie que le présupposé de la règle d'exécution doit s'accompagner d'une référence et, dans notre cas, c'est l'avant-contrat qui représente le devoir juridique.

Par opposition aux règles de la formation qui sont autonomes en ce qu'elles ne nécessitent aucun autre mécanisme juridique pour produire leurs effets, les normes de l'exécution sont subordonnées à un contrat légalement formé.

En ce qui concerne les règles prévues dans le texte du Code civil français, les dispositions du chapitre II relatif aux « *Conditions essentielles pour la validité des conventions* » se retrouvent parmi les normes de formation. En ce sens, l'article 1108 du Code civil énonce les conditions essentielles pour la validité des contrats, et les articles suivants les développent.

Toutefois, les règles de formation ne se limitent pas uniquement au chapitre II. Le chapitre IV, « *Des diverses espèces d'obligation* », contient aussi des normes qui prévoient des dispositions relatives aux modalités de l'obligation qui doivent être validées (la condition, la solidarité, le terme, etc.). À titre d'exemple, il peut être cité les articles 1172 à 1174[961], ainsi que les articles 1197[962] et 1202[963] du Code civil français.

---

[959] O. Penin, *op.cit*., p. 20.

[960] P. Roubier, *Le droit transitoire. Conflits de lois dans le temps*, Dalloz-Sirey, 1960, p. 346.

[961] L'art. 1172 du C.civ.fr. : « *Toute condition d'une chose impossible, ou contraire aux bonnes mœurs, ou prohibée par la loi est nulle, et rend nulle la convention qui en dépend* » ; l'art. 1173 du C.civ.fr. : « *La condition de ne pas faire une chose impossible ne rend pas nulle l'obligation contractée sous cette condition* » ; l'art. 1174 du C.civ.fr. : « *Toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige* ».

[962] L'art. 1197 du C.civ.fr. : « *L'obligation est solidaire entre plusieurs créanciers lorsque le titre donne expressément à chacun d'eux le droit de demander le paiement du total de la créance, et que le paiement fait à*

Les règles d'exécution se distinguent de celles de la formation par leur mode opératoire, par leur réalisation, en ce qu'elles dépendent pour leur mise en œuvre d'un accord de volontés.

C'est pour cela que l'article 1134 du Code civil français[964] « *sert de base à cette partie du Code civil* »[965] en ayant le rôle d'arranger « *les articles suivants, qui le prolongent, l'étayent ou le précisent* »[966], et il n'a d'effet qu'autant qu'il y a un contrat déjà validé.

Ainsi, en tenant compte du contenu du contrat conclu, l'article 1134 met en œuvre le devoir juridique fixé, donc la réalisation des obligations. En effet, les dispositions de cet article « *ne touchent pas à la forme, à l'identité et au contenu du contrat* »[967]. L'article 1134 ne modifie pas l'accord mais il le complète.

D'ailleurs, l'article 1135 du Code civil français[968] est également une règle qui ne modifie pas le contrat. Elle a une application exclusive à la phase d'exécution et elle précise les prestations que les parties doivent accomplir pour satisfaire les obligations nées à la suite de la formation du contrat.

En conclusion, les règles qui régissent la formation et l'exécution sont à l'origine de deux catégories différentes. Les deux corps de normes encadrent le processus contractuel qui englobe les volontés des cocontractants.

---

l'un d'eux libère le débiteur, encore que le bénéfice de l'obligation soit partageable et divisible entre les divers créanciers ».

[963] L'art. 1202, al. 1 et 2 du C.civ.fr. : « *La solidarité ne se présume point ; il faut qu'elle soit expressément stipulée. Cette règle ne cesse que dans les cas où la solidarité a lieu de plein droit, en vertu d'une disposition de la loi* ».

[964] L'art. 1134 du C.civ.fr. : « *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* ».

[965] M. Bigot de Préameneu, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XIII, ECOQ, Paris, 1836, p. 229.

[966] O. Penin, *op.cit*., p. 23.

[967] *Ibidem.*

[968] L'art. 1135 du C.civ.fr. : « *Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature* ».

Section 2. La « *formation* » et l'« *exécution* » du contrat dans le paradigme de l'unité universelle du droit

Contrairement au droit positif français, et compte tenu de la pratique commerciale européenne et internationale, les projets *de lege ferenda* français, communautaires et internationaux prévoient dans leurs corps de règles des normes spécifiques qui règlementent le processus de la conclusion du contrat avec ses deux périodes que sont les pourparlers et les accords précontractuels.

À côté de l'harmonisation prônée par les projets français et de droit communautaire (Sous-section 1), doivent être dénotés des particularités propres au droit allemand et à la *common law* (Sous-section 2).

Sous-section 1. L'harmonisation des projets français de *lege ferenda* au droit positif communautaire

Les travaux préparatoires du Code civil de 1804 prévoyaient que « *les conventions doivent être contractées et exécutées de bonne foi* ». Par cette disposition, les rédacteurs du projet du Code Napoléon envisageaient l'application d'une même obligation à deux phases distinctes. Toutefois, le Code final prévoit à l'article 1134, alinéa 3 seulement que « *les conventions doivent être exécutées de bonne foi* ». Ainsi, le Code civil français de 1804 était resté silencieux sur la phase de rencontre des volontés.

Néanmoins, grâce à l'évolution du droit et à l'influence des droits étrangers, les projets de réforme français contiennent des dispositions explicites qui ont pour rôle de combler ces lacunes et d'encadrer la formation du contrat.

Tel est le cas de l'avant-projet Catala, qui consacre une section à la formation du contrat[969]. Pourtant, concernant la structure de cette section, l'avant-projet s'écarte des projets européens et internationaux d'harmonisation du droit des contrats : « *les rédacteurs […] ont délibérément opté pour des règles générales destinées à charpenter la rencontre des volontés et ont renoncé à réglementer avec moult précisions le processus de formation du contrat, étant*

[969] Section 2 « *De la formation du contrat* » (Articles 1104 à 1107), *in* P. Catala (*dir.*), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, La documentation française, Paris, 2006.

entendu que dans ce domaine la liberté des futurs contractants doit pouvoir se déployer le plus largement possible et qu'une certaine marge d'appréciation doit être laissée au juge saisi de l'existence d'un contrat »[970].

Quant au fond, les normes proposées sont aussi d'inspiration étrangère. Ainsi, à côté de la jurisprudence française, parmi les sources se trouvent : les codifications récentes européennes et internationales [971]; l'Avant-projet de Code européen des contrats ; les Principes du droit européen du contrat ; les Principes UNIDROIT.

Au centre de ces règlementations, il y a trois idées principales : la liberté, la loyauté et la sécurité. Premièrement, la *liberté* dans la période précontractuelle est prévue aux articles 1104 à 1104-2 du projet Catala, et elle a une double application. D'abord, la liberté a une application à la phase des négociations libres. Ainsi, elle donne aux parties le droit d'entrer en pourparlers, de mener leur négociation et d'y mettre fin à tout moment.

En principe, les parties n'engagent pas leur responsabilité dans cette phase, sauf hypothèse de rupture abusive des pourparlers ayant causé un préjudice à l'une d'elles. Également, la liberté au stade de l'offre et de l'acceptation se voit dans la liberté qu'a l'offrant de rétracter unilatéralement l'offre et dans l'impossibilité de lier contractuellement le destinataire lorsqu'il fait preuve de passivité lors de la réception de l'offre.

Ensuite, la seconde application de la liberté est au niveau de la phase des négociations organisées. Ainsi, les parties ont la liberté d'utiliser des instruments de type contractuel avec le but de conclure l'accord définitif. Elles peuvent conclure par exemple des contrats de négociation, des accords de principe, des promesses unilatérales ou des pactes de préférence.

Deuxièmement, c'est autour aussi de la *loyauté* et plus précisément de la bonne foi que les règles de la formation sont articulées. Ainsi, la bonne foi tempère et canalise la liberté précontractuelle par une exigence de loyauté. Son rôle est d'imposer une certaine éthique car les négociations s'inscrivent dans la plupart des situations dans la durée et les parties font souvent d'importants investissements pour parvenir à l'accord final.

Donc, la bonne foi remplit sa fonction à un double niveau : d'un côté, elle « *guide les négociateurs lors de la négociation et singulièrement à l'occasion de sa rupture* »[972] et, de

---

[970] P. Delebecque, D. Mazeaud, « Formation du contrat (art. 1104 à 1107) », *in* P. Catala (*dir.*), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, La documentation française, Paris, 2006, p. 28.

[971] V. Code civil allemand, le Code civil néerlandais ou celui du Québec

[972] P. Delebecque, D. Mazeaud, *op.cit.*

l'autre, elle canalise « *la liberté de conclure des petits contrats qui jalonnent et encadrent les pourparlers* »[973].

Le troisième pilon de l'architecture Catala est la *sécurité*. La sécurité, à son tour, a une application à deux niveaux pendant la phase de la formation du contrat. Sur un premier plan, l'offrant ne peut pas révoquer librement l'offre lorsqu'il l'a adressée à une personne déterminée et qu'il s'est engagé à la maintenir pendant un délai précis. Par conséquent, la révocation de l'offre, le décès ou l'incapacité de l'offrant n'empêchera pas la conclusion du contrat.

La *sécurité* étend ses effets également sur l'offrant. Ainsi, la sécurité de l'offrant est promue par la règle qui dispose que la conclusion du contrat soit faite au moment de la réception de l'acceptation. L'offrant n'est lié que lorsqu'il a pu prendre effectivement connaissance de la volonté du destinataire.

Sur un second plan, le texte de l'avant-projet a pour objectif la protection de la confiance légitime du bénéficiaire d'un pacte de préférence ou d'une promesse unilatérale de contrat. Ainsi, les règles relatives à l'irrévocabilité unilatérale du contrat, corroborées avec celles de l'exécution forcée, sanctionnent « *le refus du promettant de conclure le contrat promis ou la conclusion avec un tiers du contrat à propos duquel il avait consenti une priorité ou une exclusivité au bénéficiaire* »[974].

La différence n'est pas uniquement sur les effets de ces trois principes au niveau de la phase des négociations libres et de la phase des négociations organisées, mais aussi sur la nature de la responsabilité à engager. Alors que pour les négociations libres la responsabilité sera délictuelle, pour les négociations organisées c'est la responsabilité contractuelle qui sera appliquée.

Le projet Terré adopte une autre manière de règlementer la phase précontractuelle et donc les règles relatives aux étapes des pourparlers et des avant-contrats[975]. Ainsi, le projet essaie non seulement d'encadrer davantage le processus de la conclusion du contrat en limitant

---

[973] *Ibid.*, p. 29.

[974] *Ibid.*

[975] « *Le projet Catala a fait le choix de proposer une législation, mais de manière plus allégée en se concentrant sur les questions essentielles et centrales, principalement les principes généraux d'architecture, laissant le reste au pouvoir judiciaire* », F. Terré (*dir.*), *Pour une réforme de droit des contrats*, Dalloz, Paris, 2009, p. 119.

la liberté des juges, mais encore de rendre les règles plus claires pour permettre « *une plus grande visibilité à l'étranger* »[976].

Toutefois, comme l'avant-projet Catala, le projet Terré règlemente la période précontractuelle dans une section distincte[977]. La lecture de cette section permet de distinguer deux phases. Il y a ainsi une phase pendant laquelle les pourparlers sont libres mais « *doivent satisfaire aux exigences de la bonne foi* »[978], et une phase qui place les négociations dans un cadre contractuel.

Le texte du projet Terré ne fait pas d'autre différence entre les deux phases que l'avant-projet Catala. Ainsi, la phase des négociations libres est caractérisée par la liberté des parties limitée par la bonne foi, et la responsabilité civile qui s'engage est de nature délictuelle. La phase des négociations organisées, même si elle se situe dans la période de la formation du contrat, est définie par les règles qui caractérisent l'exécution du contrat. La responsabilité des parties lors de cette phase est de nature contractuelle.

Sous-section 2. Particularités en droit allemand et en « *common law* »

Le droit allemand organise un régime spécifique par rapport aux droits français et roumain pour la phase de la formation du contrat, en particulier en matière de responsabilité précontractuelle.

Ainsi, en l'absence d'accord préliminaire portant sur les négociations, la responsabilité se fonde sur une faute dans la conclusion : « *culpa in contrahendo* »[979]. Dans le système allemand, les parties qui négocient se trouvent dans une relation spécifique génératrice de

---

[976] F. Terré, *op.cit.*, p. 119.

[977] Section 1, « *De la conclusion du contrat* », les articles 14 à 31.

[978] L'art. 24, al. 1er du projet Terré : « *L'initiative, le déroulement et la rupture des pourparlers sont libres, mais ils doivent satisfaire aux exigences de la bonne foi* ».

[979] M. Pedamon, *Le contrat en droit allemand*, 2e éd, LGDJ, Paris, 2004, p. 40, n° 50.

devoirs réciproques particuliers. « *La simple ouverture des négociations impose ce rapport d'obligation aux parties indépendamment de la réussite ou non des pourparlers* »[980].

La responsabilité qui s'applique n'est ni une responsabilité délictuelle, ni une responsabilité contractuelle, mais plutôt une responsabilité légale particulière[981]. Pour que la responsabilité soit engagée, quatre conditions doivent être remplies. Premièrement, il faut qu'il y ait un rapport d'obligation issu de l'engagement de négocier, ou même une simple prise de contact avec pour but la conclusion d'un contrat. Deuxièmement, la partie doit commettre une faute ou au moins une négligence en ne respectant pas l'obligation générale précontractuelle de prudence et de loyauté. Troisièmement, la partie doit causer un dommage uniquement au partenaire des pourparlers. Et, quatrièmement, entre le préjudice causé et la faute il doit exister un de cause à effet.

La théorie de la « *culpa in contrahendo*» a une application plus large et ne se limite pas uniquement à la rupture des négociations. Ainsi, la responsabilité peut sanctionner également le manquement à une des obligations issues de la relation spéciale précontractuelle. Plus précisément, c'est l'inexécution d'une des obligations classées en deux groupes. En effet, le premier est formé par les obligations de protection et le deuxième est constitué par les obligations de respect de la confiance d'autrui[982].

De ces deux groupes d'obligations, la doctrine a dégagé deux autres types d'obligations[983]. Ainsi, il y a d'un côté les obligations complémentaires de la phase précontractuelle, lorsque le contrat a été conclu, dont la principale obligation est l'obligation d'information. D'un autre côté, il y a les obligations de réparation du préjudice causé par la confiance trompée, lorsqu'aucun contrat n'a été conclu, dont celle de ne pas rompre les négociations fautivement ou par négligence.

Dans le cas d'un accord précontractuel portant sur les négociations, le droit allemand contient comme institutions contractuelles la *lettre d'intention* et l'*engagement de contracter*.

---

[980] B. De Coninck, « Le droit commun de la rupture des négociations précontractuelles », *in* M. Fontaine (*dir.*), *Le processus de formation du contrat. Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, Bruylant/LGDJ, Bruxelles/Paris, 2002, p. 54.

[981] B.S. Markesinis, W. Lorenz, G. Dannemann, *The German Law of obligations. The law of contract and restitution : a comparative introduction*, vol. I, Clarendon Press, Oxford, 1997, p. 64.

[982] M. Tegethoff, « Culpa in contrahendo in German an Duch Law : A comparison of Precontractual Liability », *Maastricht Journal of European an Comparative Law*, 1998, p. 353.

Les lettres d'intention ont une valeur propre qui ne s'identifie pas avec l'offre ou le contrat définitif. C'est un accord préliminaire spécifique qui a pour but d'organiser les droits et obligations des parties pendant les négociations[984].

Les engagements de contracter représentent des avant-contrats par lesquels une partie ou les parties s'engagent à conclure le contrat futur. Ce type de précontrat porte sur la conclusion même du contrat final. L'effet d'un engagement de contracter est de nature contractuelle, chaque partie pouvant demander la conclusion du contrat[985].

À l'inverse, la *common law* ne prévoit aucune disposition spécifique aux négociations dans la « *law of contrat* » (*droit du contrat*).

La *common law* fonde sa structure des négociations sur la philosophie libérale du droit des contrats où le « *bargain* » représente l'élément central. Dans un tel paradigme, c'est normal que tant que le contrat n'a pas été conclu, les parties peuvent interrompre à tout moment les négociations. De la même manière, elles ont la liberté de s'engager dans des pourparlers parallèles avec des tiers sans être obligées d'informer l'autre partenaire aux pourparlers.

Ainsi, la *common law* ne connaît ni le principe général de bonne foi dans la conclusion des contrats prévu en droits français et roumain, ni le concept général allemand de « *culpa in contrahendo* »[986]. Dans une décision de 1992, la Chambre des Lords a même décidé que « *le concept d'un devoir de mener des négociations de bonne foi est par nature incompatible avec les intérêts en opposition des parties menant ces négociations. Chaque partie est en droit de poursuivre son propre intérêt dès lors qu'elle s'abstient d'induire l'autre en erreur* »[987].

Toutefois, la partie qui rompt les négociations fautivement peut engager sa responsabilité. La jurisprudence a développé plusieurs recours qui peuvent être invoqués par les parties si aucun avant-contrat n'a été conclu.

Une première situation est le « *promissory estoppel* » et le « *proprietary estoppel* ». Ces notions sont apparues, après la seconde guerre mondiale, et ont une grande importance en pratique, car elles donnent la possibilité de contourner une règle de base du droit des

---

[983] B. De Coninck, *op.cit.*, p. 56.

[984] M. Pedamon, *op.cit.*, p. 43.

[985] *Ibidem*, p. 45.

[986] B. De Coninck, *op.cit.*, p. 67.

[987] House of Lords, *Walford v Miles* (1992) 2 AC 128.

obligations en *common law*, à savoir l'exigence d'une « *consideration* » (*contrepartie*) privant normalement d'effet l'engagement unilatéral. Autrement dit, en *common law*, sans une « *consideration*» l'offre est dépourvue de toute force juridique, et le « *promissory estoppel* » donne ainsi des effets juridiques à une promesse qui ne pourrait en avoir à défaut de « *consideration* ».

Le « *promissory estoppel* » trouve application « *lorsqu'une partie crée à l'égard d'un partenaire une représentation claire et dépourvue d'ambiguïté sur certains faits, avec l'intention que ce partenaire s'y fie et en tienne compte dans sa façon d'agir* »[988].

Le « *proprietary estoppel* » se rapporte quant à lui au droit de propriété. Ainsi, « *si le titulaire d'un tel droit conduit une autre partie à penser qu'il lui conférera un droit sur cette propriété et qu'elle ne le fait pas alors que l'autre partie a agi à son détriment dans cette croyance, le juge peut aller jusqu'à transférer ce droit à la partie qui a donné sa confiance* »[989].

Il est important de souligner que pour les deux cas d' « *estoppel* », la responsabilité n'est engagée que si la représentation (« *representation* ») a induit chez son partenaire une confiance, une « *reliance* » ou plus exactement une « *detrimental reliance* », « *qui a suscité un acte et dont la trahison causerait un préjudice* »[990].

Ensuite, c'est le cas d' « *unjust enrichment* » (*enrichissement sans cause*). Le « *unjust enrichment* » peut être appliqué dans plusieurs hypothèses, dont la rupture fautive des négociations. Ainsi, lorsqu'une partie s'enrichit injustement ou inéquitablement aux dépens de l'autre partie, elle doit rembourser l'équivalent de prestations de l'autre partie pour réparer le déséquilibre objectif. Donc, même si le contrat n'a pas été conclu, la partie qui a bénéficié des biens ou des services pendant les négociations pourra être obligée d'indemniser l'autre partie. Les dépenses préparatoires sont également incluses dans l'indemnisation[991].

Étant donné qu'il n'y a pas de contrat, l'action en responsabilité n'est pas fondée sur les règles du droit des contrats, mais sur le fondement spécifique de la « *law of restitution* ».

---

[988] *Ibidem*, p. 68.

[989] Cass.ass.pl., 27 fév. 2009, rapp. M. Boval, n° 573.
(http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/assemblee_pleniere_22/boval_conseiller_12302.html).

[990] *Ibidem.*

[991] House of Lords, *British Steel vs. Vleveland Bridge and Engineering Co. Ltd* (1981) All ER 504.

Une troisième possibilité dégagée par la jurisprudence de *common law* est le « *breach of confidence* ». En « *equity* », lorsque des informations ont été partagées au cours des négociations, les parties ont l'obligation de garder le secret et de ne pas les utiliser sans le consentement de leur auteur sous peine de commettre un « *breach of confidence* ».

Parce que dans la phase de négociation il n'y a pas de « *consideration* » nécessaire à la qualification d'un contrat, cette obligation ne se fonde pas sur une obligation contractuelle. C'est ainsi une obligation implicite (« *implied obligation* ») de promesse de respect de la confidentialité due au demandeur[992], qui pourrait avoir pour fondement la « *law of tort* ».

Quatrièmement, les parties peuvent faire appel aux « *implied contracts*» (*contrats implicites*) et aux « *collateral contracts* » (*contrats collatéraux*). Ces types de contrats se distinguent de la lettre d'intention en ce que les parties n'ont pas entendu rédiger un document portant sur la phase des négociations mutuelles.

De même, les « *implied* » et « *collateral contracts* » se différencient du « *contract to contract* » ou du « *contract to negociate* » car les parties s'obligent réciproquement à négocier et à aboutir à un contrat final dont les modalités ne sont pas encore définies ou définissables.

Le contrat collatéral (« *collateral contract* ») est défini par un accord qui a pour « *consideration* » la conclusion d'un autre contrat ou une « *consideration* » tirée d'autres conjonctures, comme l'accord portant sur l'acceptation de la meilleure offre[993].

L' « *implied contract* » est l'accord dont « *l'existence est induite du comportement des parties en cours de négociations, et ce même si les négociations ont été interrompues avant finalisation d'un contrat définitif* »[994].

Par opposition aux « *collateral contracts* » qui portent sur la conclusion du contrat, les « *implied contracts* » concernent les prestations qui doivent prendre place dans la phase de négociation elle-même.

Enfin, pour réparer leur préjudice, les parties peuvent recourir au « *law of tort* ». Ainsi, si l'une des parties entre en négociations seulement pour détourner l'attention de l'autre de

---

[992] P.S. Atiyah, *An introduction to the law of contract*, 5e éd., Clarendon Press, Oxford, 1995, p. 105.

[993] M. Furmston, T. Norisada, J. Poole, *Contract formation and letters of intent*, John Wiley & Sons, Chichester-New York, 1998, p. 301.

[994] B. De Coninck, *op.cit.*, p. 78.

toute négociation parallèle, sans avoir l'intention de conclure le contrat, la partie commettra une « *fraudulent representation* » (*représentation frauduleuse*)[995].

Aussi, les parties peuvent engager leur responsabilité pour une négligence dans la rupture des pourparlers. Il y a ainsi des obligations qui donnent une responsabilité « *in tort* », plus exactement, un « *tort of negligence* » : c'est le devoir juridique d'une partie envers l'autre d'agir avec diligence (« *duty of care to each other* », *obligation de diligence*).

Le système de « *common law* » donne aux parties la possibilité de conclure des avant-contrats concernant le déroulement des négociations. Parce qu'il n'existe pas de terminologie pour les contrats préliminaires portant sur les pourparlers, le droit anglais a développé la notion générale de « *lettre of intent* » (*lettre d'intention*). Ce document porte fréquemment le nom de « *memorandul of understandig* », « *protocole* », « *letter of understanding* », « *agreement in principle* », « *heads of agreement* ».

L'institution de *lettre d'intention* est, *in genere*, utilisée pour « *indiquer toute sorte de document précontractuel par lequel une partie ou toutes les parties envisagent de régler le processus de négociation et de formation du contrat* »[996]. Ainsi, par la notion de lettre d'intention, sont visés les documents par lesquels les parties manifestent leur intention de négocier ou de contracter, ainsi que l'accord par lequel les parties donnent une forme particulière aux négociations.

Le terme de *lettre d'intention* recouvre de nombreux avant-contrats, qui ont été classés par la doctrine[997] en trois groupes : la lettre d'intention contenant des clauses « *subject to contract* », les « *contracts to contract* » et « *contracts to negotiate* », et enfin les accords qui formalisent certains aspects précis des négociations.

Tout d'abord, les clauses « *subject to contract* » permettent aux parties à la négociation d'éliminer tout caractère ambigu dans les accords précontractuels, en déterminant qu'ils

[995] M. Furmston, T. Norisada, J. Poole, *Contract formation and letters of intent*, John Wiley & Sons, Chichester-New York, 1998, p. 287.

[996] M. Fontaine, F. De Ly, *Droit des contrats internationaux. Analyse et rédaction de clauses*, 2e éd., Bruylant, Bruxelles, 2003, p. 6.

[997] B. De Coninck, *op.cit.*, p. 85.

produisent effet juridique[998]. En effet, en droit anglais, « *l'insertion de telles formules écarte tout doute quant à la portée des documents rédigés au cours de la négociation* »[999].

Cependant, la formulation d'une telle clause doit être suffisamment claire pour que les juges puissent interpréter le contrat comme la manifestation de l'intention des parties d'être liées juridiquement.

Dans la pratique des affaires, les parties ont la possibilité de s'engager à négocier, voire à aboutir à la conclusion du contrat. Ainsi, elles matérialisent cette volonté dans des accords qui portent le nom de « *contracts to negotiate* » et « *contracts to contract* ».

Toutefois, la Chambre des Lords a décidé que les « *agreement to negotiate* » et « *agreement to agree* » ne peuvent constituer des contrats valides s'il n'existe pas dès moment de leur conclusion un accorde déterminé sur les éléments essentiels. Ainsi, les contrats sont nuls[1000] et ils ne peuvent avoir force obligatoire par le simple fait que les parties ont convenu de déterminer dans l'avenir quel en sera le contenu[1001].

La doctrine anglaise est en accord avec la jurisprudence de la Chambre des Lords, même si certains auteurs avaient pourtant estimé qu'il serait possible de considérer qu'un tel accord puisse être qualifié comme un « *contract to agree or negotiate* ». Le critère étant la détermination de l'intention des parties de se lier par des obligations juridiques[1002].

Contrairement aux clauses « *subject to contract* », « *contracts to contract* » et « *contracts to negotiate* », les accords qui soumettent certains aspects de la négociation à des modalités contiennent un engagement ferme sur certains points concrets de la négociation. Ils ont force obligatoire, à la condition qu'ils respectent les exigences de « *certainty* » et de « *consideration* ».

Ainsi, ces types d'accords ne s'attachent pas au contenu du contrat final, mais visent des aspects particuliers relatifs à la procédure de négociation. Tel est le cas par exemple de

---

[998] M. Fontaine, F. De Ly, *op.cit*., 27.

[999] *Ibidem*.

[1000] House of Lords, *Courtney vs. Toulaini* (1975) 1 All E.R., 716; 1 WLR; House of Lords, *Walford vs. Miles* (1992) 2 AC 128.

[1001] R.B. Lake, U. Draetta, *Letters of Intent and Other Precontractual Documents. Comparative Analysis and Forms*, Butterworth Legal Publishers, Stoneham, 1989, p. 837.

[1002] House of Lords, *Loftus vs. Roberts* (1902) 18 T.L.R. 532 ; A.M. Dugdale, N.V. Lowe, « Contracts to contract and contracts to negotiate », *JBL* 1976, p. 33 et s.

l'engagement de confidentialité, de l'engagement relatif à la prise en charge des frais ou des coûts de la négociation, ou encore de l'accord d'exclusivité par lequel les parties s'engagent à ne pas négocier avec des tiers pendant les pourparlers.

Les projets communautaires et internationaux d'harmonisation du droit construisent leur architecture juridique, de la même manière que le droit français et roumain, sur les pilons de la liberté[1003] et de la bonne foi et de la loyauté[1004]. C'est autour de ces deux principes fondamentaux que notre étude va se poursuivre dans le chapitre qui suit.

[1003] L'art. 1, al. 1er du Droit commun européen de la vente : « *Les parties sont libres de conclure un contrat et d'en déterminer le contenu, sous réserve des règles impératives applicables* » ; l'art. 1.1 des Principes UNIDROIT : « *Les parties sont libres de conclure un contrat et d'en fixer le contenu* » ; l'art. 1 : 102, al. 1er des Principes du droit européen du contrat : « *Les parties sont libres de conclure un contrat et d'en déterminer le contenu, sous réserve des exigences de la bonne foi et des règles impératives posées par les présents Principes* » ; l'art. II.-1 : 102, al.1er du Projet de cadre commun de référence : « *Les parties sont libres de conclure un contrat ou de faire un autre acte juridique et d'en déterminer le contenu, sous réserve des règles impératives applicables* ».

[1004] L'art. 2, al. 1er du Droit commun européen de la vente : « *Il incombe à chaque partie d'agir conformément au principe de bonne foi et de loyauté* » ; l'art. 1.7, al. 1er des Principes UNIDROIT : « *Les parties sont tenues de se conformer aux exigences de la bonne foi dans le commerce international* » ; l'art. 1 : 201, al. 1er des Principes du droit européen du contrat : « *Chaque partie est tenue d'agir conformément aux exigences de la bonne foi* » ; l'art. III.-1 : 103, al. 1er du Projet de cadre commun de référence : « *Chacun est tenu d'agir conformément aux exigences de la bonne foi en exécutant une obligation, en exerçant un droit à l'exécution, en se prévalant d'un moyen visant à sanctionner l'inexécution ou en défense contre un tel moyen, ou en exerçant un droit de mettre fin à une obligation ou une relation contractuelle* ».

CHAPITRE DEUXIÈME Les principes régulateurs de négociation organisée du contrat

En droit français comme en droit roumain, on distingue trois principes applicables lors de la phase d'exécution des contrats : le principe de la force obligatoire des conventions, le principe de l'effet relatif des contrats et le principe de l'exécution de bonne foi des conventions.

Toutefois, le principe de la force obligatoire et le principe de l'effet relatif des contrats ne sont que les corollaires du principe général de l'autonomie de la volonté. Ainsi, il est possible d'affirmer que la phase d'exécution du contrat est gouvernée par les mêmes principes généraux qui dirigent la phase de la formation du contrat, à savoir l'autonomie de la volonté et la bonne foi.

En tant que contrats, les avant-contrats sont implicitement soumis à ces deux principes généraux. La poursuite de notre étude va s'intéresser aux notions d'autonomie de la volonté (Section 1) et de bonne foi (Section 2) lors de l'exécution du contrat et, plus particulièrement, à leurs effets quant aux contrats préparatoires.

Section 1. L'autonomie de la volonté

Au travers de l'étude de l'autonomie de la volonté dans la phase de négociation organisée, nous proposons de démontrer dans un premier temps l'application du principe de la force obligatoire dans les avant-contrats (Sous-section 1), puis nous verrons dans un deuxième temps le principe de l'effet relatif des avant-contrats (Sous-section 2).

Sous-section 1. La force obligatoire du contrat

« *À la frontière entre le domaine délictuel et contractuel, les avant-contrats sont dotés d'effets obligatoires atténués, dont l'analyse permet de mesurer le contenu "minimal" de la force obligatoire du contrat* »[1005].

Mais avant de s'intéresser spécialement à la force obligatoire des avant-contrats (§2), il convient de présenter le principe de la force obligatoire des conventions (§1).

§1. Définition du principe de la force obligatoire du contrat

Le Code civil français dispose que « *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux les ont faites* » (article 1134, alinéa 1er). Ainsi, à la lumière du texte légal, le contrat devient la loi des parties. En effet, « *par cette assimilation du contrat à la loi, les rédacteurs du Code civil ont voulu marquer la force des obligations nées d'un accord de volonté, dès lors que cet accord respecte les conditions de validité posées par la loi* »[1006].

Par conséquent, la force obligatoire du contrat repose sur le principe de l'autonomie de la volonté[1007], le contrat tenant lieu de loi pour les parties comme pour les juges, à moins qu'une loi impérative ne le neutralise[1008]. Ainsi, « *l'exercice de la liberté contractuelle est une aliénation volontaire de liberté par laquelle l'accord des parties soumet en même temps celles-ci à la force obligatoire du contrat ainsi créé. Liberté contractuelle et force obligatoire du contrat sont inséparables* »[1009].

Avec le Code civil français comme modèle, le Code civil roumain du 26 novembre 1864 a fait du principe de l'autonomie de la volonté le socle du droit des contrats. Par la suite, l'autonomie de la volonté a généré un nouveau principe, celui de la force obligatoire du

---

[1005] J. Schmidt-Szalewski, « La force obligatoire à l'épreuve des avant-contrats », *RTD civ.* 1/2000, p. 25.

[1006] Y. Buffelan-Lanore, V. Larribau-Terneyre, *Droit civil. Les obligations*, 13e éd, Sirey, Paris, 2012, p. 389.

[1007] H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, F. Chabas, *Leçons de droit civil. Obligations. Théorie générale*, 9e éd., Montchrestien, Paris, 1998, p. 839.

[1008] J.-P. Ghazal, « De la signification du mot loi dans l'article 1134, alinéa 1er, du Code civil », *RTD civ.* 2001. 265.

[1009] M. Puig, « Formation du contrat et droits fondamentaux. Regard privatiste » *in* C. Delphine, A. Pélissier (*dir.*), *Contrats et Droits fondamentaux*, PUAM, Aix-Marseille, 2012, p. 402.

contrat, qui a été consacré à l'article 969 de l'ancien Code civil roumain[1010]. Le nouveau Code civil roumain du 1er octobre 2011 reprend la disposition de l'ancien Code relative à la force obligatoire, en reconnaissant force de loi à tous les contrats conclus dans le respect des conditions de validité[1011]. Ainsi, l'alinéa 1er de l'article 1270 du Code civil roumain prévoit que « *le contrat valablement conclu a force de loi entre les parties contractantes* ».

Une fois le contrat conclu, sa force obligatoire implique qu'il ne puisse plus être modifié par la fantaisie des parties ou par l'effet du temps. Dès lors, le contrat ne pourra être révoqué que « *de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise* » (article 1134, alinéa 2 du Code civil français).

Le Code civil roumain suit également les dispositions de l'article 1134, alinéa 2 du Code civil français. En effet, l'ancien Code civil roumain disposait à l'article 969, alinéa 2 que les conventions[1012] « *peuvent être révoquées par consentement mutuel ou pour les causes autorisées par loi* ». L'article 1270 du nouveau Code civil prévoit aussi en son alinéa second que « *le contrat est modifié ou prend fin uniquement par l'accord des parties ou pour les causes autorisées par loi* ». Ainsi, le nouveau Code civil roumain confirme la règle de symétrie dans les contrats : le contrat, résultat de la volonté des parties (*mutuus consensus*), ne peut être révoqué que par la seule volonté des parties (*mutuus dissensus* ou *obligatio contrario consensu dissolvitur*).

Il est donc impossible de mettre fin au contrat par la volonté d'une des parties contractantes. Par exception[1013], le contrat est révocable par la volonté d'un des cocontractants si, d'une part, les parties ont inséré une clause de dédit ou que le contrat comporte une période

---

[1010] L'art. 969, al 1er du C.civ.ro. de 1864 : « *Les conventions légalement formées ont la force de loi entre les parties contractantes* ».

[1011] T.V. Radulescu, « Izvoarele obligatiilor », *in* C.S. Ricu, G.C. Frentiu, D. Zeca, D.M. Cigan, T.V. Radulescu, C.T. Ungureanu, G. Raducanu, G. Durac, D. Calin, I. Ninu, A. Bleoanca, *Noul Code civil. Comentarii, doctrina, jurisprudenta. Mosteniri si liberalitati. Obligatii*, vol. II, Editura Hamangiu, Bucarest, 2012, p. 582, n° 1.

[1012] Dans l'ancienne législation, la notion de *contrat* était synonyme de celle de *convention*, C. Statescu, C. Birsan, *Drept civil. Teoria generala a obligatiilor*, 8e éd., All Beack, Bucarest, 2002, p. 21, n° 11.

[1013] Y. Buffelan-Lanore, V. Larribau-Terneyre, *op.cit.*, p. 394.

d'essai, ou si d'autre part, en vertu de la loi, le contrat est assorti d'un délai de repentir[1014]. Par ailleurs, la doctrine et la jurisprudence considèrent que les contrats à durée indéterminée peuvent être résiliés unilatéralement[1015].

Le nouveau Code civil roumain apporte comme nouveauté à l'article 1276[1016] la « *dénonciation unilatérale* » du contrat[1017]. En droit roumain, la notion de « *dénonciation* » est entendue au sens de « *révocation* », car une partie est autorisée à « *dénoncer* » le contrat tant que son exécution n'a pas commencé. Le texte de l'article vise les contrats comportant des clauses qui donnent à l'une des parties la possibilité de révoquer le contrat. Aussi, pour pouvoir être révoqué, le contrat doit être à exécution instantanée et son exécution ne doit pas avoir commencé. S'il s'agit d'un contrat à exécution successive, la clause de révocation produira effet uniquement si la partie a respecté un délai raisonnable de préavis.

La stipulation ouvrant droit aux parties de révoquer unilatéralement le contrat porte le nom de « *clause de déchéance ou de désengagement* » (« *clauza de dezicere sau de dezangajare* »)[1018]. En effet, le principe de la liberté contractuelle autorise les parties à stipuler une clause de révocation unilatérale du contrat, sans que l'accord du cocontractant soit

---

[1014] L. 121-20 du C.consom.fr. : « *Le consommateur dispose d'un délai de sept jours francs pour exercer son droit de rétractation sans avoir à justifier de motifs ni à payer de pénalités, à l'exception, le cas échéant, des frais de retour* ».

[1015] H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, F. Chabas, *op.cit.*, p. 840.

[1016] L'art. 1276 du n.C.civ.ro. : « *(1) Si le droit de dénoncer [de dédire] le contrat est reconnu à l'une des parties, celui-ci ne peut être exercé tant que l'exécution du contrat n'a pas commencé. (2) Dans les contrats à exécution successive ou continue, ce droit peut être exercé avec le respect d'un délai raisonnable du préavis, même après le début de l'exécution, mais la dénonciation* [le dédit] *ne produit pas d'effets sur les prestations exécutées ou qui sont en cours d'exécution. (3) Si une prestation a été stipulé en contrepartie de la dénonciation [de l'exercice du droit de dédit], celle-ci produit des effets lorsque la prestation est exécutée. (4) Les dispositions du présent article s'appliquent en l'absence de convention contraire* ».

[1017] C'est l'équivalent de la notion française de « *dédit* », c'est-à-dire : « *faculté accordée à un contractant de ne pas exécuter son obligation, de s'en délier sous les conditions légalement ou conventionnellement prévues (délai d'option, abandon ou versement d'une somme)* », G. Cornu, *op.cit.*, p. 306.

[1018] L. Pop, I.-F. Popa, S.I. Vidu, *Trata elementar de drept civil. Obligatiile*, vol. II, Universul Juridic, Bucarest, 2012, p. 528.

nécessaire. Ainsi, la révocation unilatérale est l'effet de la volonté des parties et ne constitue pas une violation du principe de la force obligatoire du contrat[1019].

Toutefois, pour stipuler dans le contrat une clause de déchéance, les parties doivent se soumettre à certaines règles[1020]. D'abord, la clause ne peut être insérée dans un contrat déclaré irrévocable par la loi et, ensuite, la clause de révocation unilatérale ne doit pas être une condition purement potestative de la part de celui qui s'oblige, car l'obligation assumée elle-même dans une telle condition est nulle[1021]. Autrement dit, l'obligation contractuelle sous condition suspensive qui dépend uniquement de la volonté du débiteur n'a aucun effet en raison de l'absence de volonté de s'obliger. En revanche, la condition résolutoire potestative n'est pas prohibée. Seules sont interdites les conditions suspensives dont l'existence est soumise à l'arbitraire de la volonté du débiteur. Les conditions dont la réalisation dépend aussi de facteurs extérieurs à la volonté du débiteur sont des conditions mixtes. Elles se caractérisent par le fait d'être identifiées objectivement dans des circonstances extérieures au débiteur[1022].

Le Code civil français dispose également à l'article 1174 que la condition potestative est nulle[1023]. Pourtant, comme en droit roumain, la condition mixte, qui fait dépendre l'exécution d'une obligation à la fois de la volonté d'une des parties et de celle d'un tiers ou de la survenance d'un événement quelconque, est valable. De même, il se déduit *per a contrario* du texte de l'article 1174 du Code civil français que « *si la condition est potestative de la part du créancier, le contrat n'est pas nul* »[1024]. Par exemple, dans le cas de la promesse unilatérale

---

[1019] D. Chirica, *Tratat de drept civil roman*. *Contracte speciale. Vanzarea si schimbul*, vol. I, C.H. Beck, Bucarest, 2008, p. 299.

[1020] C. Statescu, C. Birsan, *op.cit.*, p. 66, n° 50.

[1021] « *La condition purement potestative* » dans l'art. 1010 de l'a.C.civ.ro : « *L'obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous condition potestative de la part de celui qui s'oblige* » ; l'art. 1403 du n.C.civ.ro. : « *L'obligation sous condition suspensive qui dépend exclusivement de la volonté du débiteur ne produit aucun effet* ».

[1022] I. Turcu, *Noul cod civil. Despre obligatii. Comentarii si obligatii. Cartea V*, C.H. Beck, Bucarest, 2011, p. 537.

[1023] L'art. 1174 du C.civ.fr. : « *Tout obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige* ».

[1024] J. Carbonnier, *Droit civil. Les biens. Les obligations*, vol. II, PUF, Paris, 2004, p. 2155, n° 1051.

de vente, s'il existe une condition potestative, la conclusion du contrat définitif aura lieu si le bénéficiaire de la promesse manifeste sa volonté d'acheter.

Dans le même ordre d'idées, l'article 1277 du nouveau Code civil roumain dispose que tous les contrats conclus à durée indéterminée peuvent être révoqués (dénoncés) unilatéralement par les parties à condition de respecter un délai de préavis raisonnable[1025].

Parfois, la possibilité de révoquer unilatéralement le contrat est reconnue aux parties dans des situations spécifiques. C'est le cas du droit de révoquer le contrat en vue de protéger le consentement du consommateur contre les éventuels abus du professionnel. En effet, l'Ordonnance du Gouvernement de la Roumanie nr. 130/2000 relative au régime juridique des contrats à distance prévoit à l'article 7 que « *le consommateur a le droit de dénoncer unilatéralement le contrat à distance, dans un délai de 10 jours ouvrables, sans pénalités et sans l'invocation d'un motif* ». De même, les articles 3, 4 et 9 de l'Ordonnance du Gouvernement de la Roumanie nr. 106/1999 relative aux contrats conclus en dehors des établissements commerciaux prévoit le droit du consommateur de révoquer unilatéralement le contrat « *dans un délai de 7 jours ouvrables à partir de la date de livraison du produit* ». De la même manière, dans les contrats de « *time-sharing* » le consommateur a le droit de « *dénoncer unilatéralement le contrat, sans qu'il soit nécessaire d'invoquer un motif, dans un délai de 10 jours calendaires à partir de la date de sa signature par les deux parties contractantes ou de la date à laquelle les parties ont signé un avant-contrat, selon le cas* »[1026].

Pourtant, l'exercice du droit de révoquer unilatéralement le contrat ne doit pas être discrétionnaire. Il doit s'exercer dans les limites prévues par la loi, avec bonne foi et pour de justes motifs[1027].

Avant de poursuivre notre étude, il est utile de clarifier les termes de *révocabilité*, *résiliation*, *résolution* et *nullité*[1028], car dans la pratique les confusions sont fréquentes.

[1025] L'art. 1277 du n.C.civ.ro. : « *Le contrat conclu pour une durée indéterminée peut être dénoncé unilatéralement par chacune des parties en respectant un délai de préavis raisonnable. Toute clause contraire ou qui stipule une prestation en échange de la dénonciation du contrat est réputée non écrite* ».

[1026] L'art. 6, al. 1er, lit. a de la L. nr. 282/ 2004 sur la protection des acquéreurs pour certains aspects des contrats portant sur l'acquisition d'un droit de la multipropriété immobilier.

[1027] L. Pop, I.-F. Popa, S.I. Vidu, *op.cit.*, p. 148, n° 102.

[1028] *Ibidem*, p. 846.

Tout d'abord, la *révocation* et la *résiliation* sont des notions voisines. Ainsi, le terme *révocation* désigne l' « *acte unilatéral de rétractation par lequel une personne entend mettre à néant un acte antérieur dont elle est l'unique auteur ou même un contrat auquel elle est partie et qui produit cet effet dans les cas déterminés par la loi* »[1029]. La *résiliation* est le « *nom donné à la dissolution du contrat par acte volontaire soit à l'initiative d'une seule partie [résiliation unilatérale], soit sur l'accord des deux parties [résiliation conventionnelle]* »[1030]. Plus concrètement, le terme révocation est utilisé quand la suppression des effets du contrat émane de l'accord des parties elles-mêmes, et porte sur un contrat dont l'exécution n'a pas commencé. À l'inverse, la *résiliation* détermine soit l'hypothèse de la suppression des effets du contrat lorsqu'elle est imposée par la loi ou le juge, soit l'hypothèse où, par le consensus des parties, il est mis fin aux effets d'un contrat en cours d'exécution.

Ensuite, la *résolution* caractérise l' « *anéantissement en principe rétroactif d'un contrat synallagmatique qui, fondé sur l'interdépendance des obligations résultant de ce type de contrat, consiste à libérer une partie de son obligation [et à lui permettre d'exiger la restitution de ce qu'elle a déjà fourni], lorsque l'obligation de l'autre ne peut être exécutée, soit du fait d'une faute de celle-ci, soit par l'effet d'une cause étrangère* »[1031].

Enfin, le mot *nullité* définit la « *sanction encourue par un acte juridique entaché d'un vice de forme ou d'une irrégularité de fond, qui consiste dans l'anéantissement de l'acte* »[1032]. À la différence des autres termes, lorsque le contrat est entaché de nullité, il n'est pas formé, il est réputé n'avoir jamais existé.

Le principe de la force obligatoire du contrat est complété par l'article 1135 du Code civil français. Ainsi, l'article ajoute que le contrat oblige non seulement à ce qui y est exprimé, mais aussi « *à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature* ».

En conclusion, les articles 1134 et 1135 du Code civil français, comme l'article 1270 du nouveau Code civil roumain, consacrent le principe de la force obligatoire en vertu duquel les obligations nées du contrat doivent être exécutées par les parties.

[1029] G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 10e éd., PUF, Paris, 2014, p. 929.

[1030] *Ibidem*, p. 914.

[1031] *Ibid.*

[1032] G. Cornu, *op.cit.*, p. 694.

Sans changer l'architecture « *qu'une pratique séculaire a consacrée dans ses principes* »[1033], l'avant-projet de réforme Catala construit la force obligatoire du contrat autour des articles 1134 et 1135, en gardant même la numérotation actuelle du texte[1034].

Toutefois, l'avant-projet apporte deux innovations[1035]. D'abord, par l'introduction de l'article 1134-1, les parties ont la faculté expresse de se dédire[1036]. Si cette faculté est en général unilatérale, il n'est pas rare qu'elle soit bilatérale. Aussi, cet article symbolise le fait qu'il ne saurait y avoir de dédit « *qui n'ait été autorisé, dans son existence et ses conditions de mise en œuvre, par la convention des parties, l'usage ou la loi selon les circonstances* »[1037].

Ensuite, c'est l'apport des articles 1135-1 et suivants qui sécurise l'exécution du contrat face à d'éventuelles difficultés à venir en envisageant l'organisation d'une renégociation[1038]. Le texte des articles veut encourager les parties à stipuler des clauses de renégociation de leur contrat s'il advenait des circonstances de nature à déséquilibrer l'équilibre initial des prestations. À défaut d'une telle clause, les parties auront la possibilité de

---

[1033] A. Ghozi, « Effet des conventions, Interprétation, Qualification (art.1134 à 1143) », *in* P. Catala (*dir.*), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, La documentation française, Paris, 2006, p. 46.

[1034] L'art. 1134 de l'avant-projet Catala : « *Les conventions légalement formées tiennent lieu de la loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être modifiées ou révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour des raisons que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi* » ; l'art. 1135 de l'avant-projet Catala : « *Les conventions obligent non seulement à ce qui est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature* ».

[1035] A. Ghozi, *op.cit.*, p. 46 et s.

[1036] L'art. 1134-1 de l'avant-projet Catala : « *Les parties peuvent, aux conditions de leur convention, de l'usage ou de la loi, se réserver la faculté de se dédire ou l'accorder à l'une d'elles* ».

[1037] Voir sur ce point A. Ghozi, *op.cit.*, p. 47.

[1038] L'art. 1135-1 de l'avant-projet Catala : « *Dans les contrats à exécution successive ou échelonnée, les parties peuvent s'engager à négocier une modification de leur convention pour le cas où il adviendrait que, par l'effet des circonstances, l'équilibre initial des prestations réciproques fût perturbé au point que le contrat perde tout intérêt pour l'une d'entre elle* » ; l'art. 1135-2 de l'avant-projet Catala : « *À défaut d'une telle clause, la partie qui perd son intérêt dans le contrat peut demander au président du tribunal de grande instance d'ordonner une nouvelle négociation* » ; l'art. 1135-3 du l'avant-projet Catala : « *Le cas échéant, il en irait de ces négociations comme il est dit au chapitre I du présent Titre. Leur échec, exempt de mauvaise foi, ouvrirait à chaque partie la faculté de résilier le contrat sans frais ni dommage* ».

demander au juge la renégociation du contrat. En cas d'échec, les contractants peuvent demander la résiliation sans frais ni dommage.

Les rédacteurs du projet de réforme Terré ont été confrontés à une difficulté de forme relative à la force obligatoire : « *fallait-il, comme le projet Catala, reprendre la lettre de l'article 1134 alinéa 1er, s'exposant aux critiques faites à l'encontre de cette formule qui semble rapprocher le contrat de la loi ? Ou fallait-il préférer une formule plus technique et plus exacte […] ?* »[1039].

C'est la tradition juridique française qui a prévalu sur l'aspect technique[1040]. Ainsi, l'article 91 à l'alinéa 1er dispose que « *les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits* ».

Le projet Terré prévoit, comme l'avant-projet Catala, la possibilité de révocation et ajoute la possibilité d'une modification[1041]. Le projet développe également la faculté de résiliation unilatérale dans les contrats à durée indéterminée, en précisant l'obligation de respecter un préavis suffisant et le devoir de ne pas abuser de ce droit[1042].

Le texte du projet Terré envisage aussi l'hypothèse d'un changement de circonstances qui rendrait le contrat totalement déséquilibré. Ainsi, l'article 92 dispose en ses alinéas 1 et 2 que « *les parties sont tenues de remplir leurs obligations même si l'exécution de celles-ci est devenue plus onéreuse. Cependant, les parties doivent renégocier le contrat en vue de l'adapter ou d'y mettre fin lorsque l'exécution devient excessivement onéreuse pour l'une d'elles par suite d'un changement imprévisible des circonstances et qu'elle n'a pas accepté d'en assumer le risque lors de la conclusion du contrat* ».

[1039] D. Fenouillet, « Les effets du contrat entre les parties. Les principes », *in* F. Terré (*dir.*), *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, Paris, 2009, p. 243.

[1040] *Ibidem*.

[1041] L'art. 91, al. 2ème du projet Terré : « *Ils [les contrats] peuvent être modifiés ou révoqués que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi ou le contrat autorise* ».

[1042] L'art. 91, al. 3ème du projet Terré : « *Sauf disposition légale contraire, le contrat conclu pour une durée indéterminée peut être rompu à tout moment par l'une ou l'autre partie, sous réserve d'un préavis suffisant. Sauf abus, la rupture unilatérale n'engage pas la responsabilité du contractant qui en prend l'initiative* ».

Le texte du dernier alinéa de l'article 92 donne au juge le pouvoir d' « *adapter le contrat en considération des attentes légitimes des parties ou y mettre fin à la date et aux conditions qu'il fixe* ».

Le nouveau projet d'ordonnance de la Chancellerie de mars 2015 reprend les dispositions d'autres projets de réforme et prévoit à l'article 1194 que « *les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits* » et qu' « *ils ne peuvent être modifiés ou révoqués que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise* ».

Toutefois, « *si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation* » (article 1196, alinéa 1er du projet d'ordonnance).

Si l'une de parties refuse la renégociation ou il y a un échec, l'alinéa 2ème de l'article 1196 donne aux parties la possibilité de demander au juge de procéder à l'adaptation du contrat. À défaut, une partie peut lui demander d'y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe.

Le nouveau Code civil roumain se rallie aux tendances des projets de réforme français sur les possibles changements qui peuvent intervenir lors de l'exécution et il codifie, en tant que nouveauté, la notion d'imprévision[1043]. Ainsi, l'article 1271 reconnaît la possibilité pour

---

[1043] L'art. 1271 du n.C.civ.ro. : « *(1) Les parties sont tenues d'exécuter leurs obligations, même si leur exécution est devenue plus onéreuse, soit en raison de l'augmentation des coûts d'exécution de leurs obligations, soit en raison de la baisse de valeur de la contre-prestation. (2) Toutefois, si l'exécution du contrat est devenue excessivement onéreuse en raison d'un changement exceptionnel de circonstances qui, à l'évidence, rendrait injuste l'obligation du débiteur à exécuter son obligation, le tribunal peut disposer de : a) l'adaptation du contrat, afin de répartir de manière équitable entre les parties les pertes et bénéfices résultant du changement de circonstances ; b) la fin du contrat [la cessation du contrat], au moment et aux conditions fixées par ce tribunal. (3) Les dispositions de l'alinéa 2 sont applicables seulement si : a) le changement de circonstances est intervenu après la conclusion du contrat ; b) le changement de circonstances ainsi que son ampleur n'ont pas été ni ne pouvait être raisonnablement envisagés par le débiteur au moment de la conclusion du contrat ; c) le débiteur n'a pas pris à sa charge le risque du changement de circonstances ni ne pouvait raisonnablement être réputé l'avoir fait; d) le débiteur a essayé, dans un délai raisonnable et avec bonne foi, de négocier une adaptation raisonnable et équitable du contrat* ».

les juges d'intervenir dans l'exécution du contrat en modifiant les prestations qui, pour des raisons exceptionnelles, sont devenues trop onéreuses pour l'une des parties.

Le cas de l'imprévision constitue une exception au principe *pacta sunt servanda* qui s'applique, en général, en matière de contrats synallagmatiques à exécution successive ou avec un délai suspensif, commutatifs et à titre onéreux. Cependant, il est des cas exceptionnels où la législation roumaine fait aussi application de la théorie d'imprévision aux actes à titre gratuit[1044].

En effet, l'imprévision se caractérise par un champ d'application limité en se résumant en principe aux contrats à titre onéreux. L'imprévision est par ailleurs un problème d'ordre économique et financier car elle est la suite des fluctuations monétaires et, implicitement, des prix ou des autres circonstances qui rendent l'exécution du contrat très onéreuse. Aussi, l'imprévision se caractérise par le préjudice causé par le déséquilibre des prestations dont l'une des parties souffre ou s'apprête à souffrir après la conclusion du contrat[1045].

En ce qui concerne les projets européens et internationaux, les codifications relatives à la force obligatoire des contrats ne sont pas unitaires. Par exemple, les principes Lando (Principes de droit européen des contrats) ne comportent pas explicitement dans leurs dispositions d'article concernant la force obligatoire du contrat. En revanche, le Cadre commun de référence dans le domaine du droit européen des contrats, élaboré par l'Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française et la Société de législation comparée, le contient à l'article 0 : 201. Le Code européen des contrats dispose à l'article 75 que « *chacune des parties est tenue à exécuter exactement et intégralement toutes les obligations dérivant du contrat qui lui sont assignées, sans que soit nécessaire une requête de la part de l'ayant droit* ».

[1044] L'art. 12 de la L. n° 195/2001, « *La loi de bénévolat* » : « *Si lors de l'exécution d'un contrat volontaire intervient, indépendamment de la volonté des parties, une situation de nature à faire obstacle à l'exécution des obligations du volontaire, le contrat sera renégocié, et si la situation ne permet pas de poursuivre l'exécution du contrat, celui-ci est résilié de plein droit* ».

[1045] L. Pop, *op.cit.*, p. 154, n° 107.

§2. La force obligatoire des avant-contrats[1046]

La doctrine française a posé la question de savoir à partir de quel moment il y a contrat dans la période préalable à la conclusion du contrat définitif[1047]. La réponse donnée est la suivante : « *un double critère permet [...] de reconnaître, parmi diverses conventions, celles pouvant être qualifiées de contrats : d'une part, l'existence d'un accord de volontés et, d'autre part, la présence d'effets pourvus d'une force juridique obligatoire* »[1048].

Premièrement, faute de réglementation spécifique, la jurisprudence a admis avec facilité l'existence d'engagements précontractuels de nature contractuelle[1049] en reconnaissant l'accord des parties sur les éléments essentiels de l'opération projetée[1050]. Ainsi, la condition nécessaire et suffisante d'existence d'un contrat consensuel est remplie.

Deuxièmement, les avant-contrats doivent être pourvus d'une force juridique obligatoire. C'est-à-dire que l'inexécution d'une obligation contractuelle entraîne la force coercitive de l'État au même titre que le non-respect d'une loi (article 1134, alinéa 1er du Code civil français).

Les sanctions encourues en cas d'inexécution d'une obligation contractuelle ont une double source[1051]. D'abord, les sanctions peuvent être d'origine légale, comme l'exécution forcée en nature[1052] ou par équivalent[1053], ou comme la résolution du contrat[1054]. Ensuite, les

---

[1046] Dans cette partie on mettra l'accent sur le droit français car la doctrine et les jurisprudences françaises sont la source principale de référence pour les auteurs roumains.

[1047] J. Ghestin, « Notion de contrat », *D.* n° 12, 1990, p. 19.

[1048] J. Schmidt-Szalewski, « La force obligatoire à l'épreuve des avant-contrats », *RTD civ.* 2000, p. 25.

[1049] CJCE 15 juill. 1970 (3 arrêts) : aff. 41/69, *Rec*. p. 661 ; aff. 44/69, *Rec*. p. 733 ; aff. 45/69, *Rec*. p. 769.

[1050] Cass.com. 9 mars 1989, *JCP G* 21316.II.1989, note Y. Reinhard ; *RTD civ.* 1990.7, obs. J. Mestre.

[1051] J. Schmidt-Szalewski, *loc.cit.*, p. 26.

[1052] L'art. 1184, al. 2 du C.civ.fr. : « *[…] la partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts* ».

[1053] L'art. 1147 C.civ. : « *Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part* ».

sanctions peuvent avoir une source jurisprudentielle : c'est le cas de l'exception d'inexécution, de la réfaction et des déchéances[1055].

Pourtant, « *les avant-contrats ne se laissent enfermer dans aucune [des] catégories* »[1056] mentionnées. Ainsi, la force obligatoire des avant-contrats caractérise deux sortes d'obligations : l'obligation relative à la négociation du contrat définitif et l'obligation relative à la conclusion du contrat définitif.

La première catégorie d'obligations, celle relative à la négociation du contrat, comprend à son tour deux sous-catégories d'obligations : des obligations concernant le déroulement des pourparlers et des obligations d'entreprendre les pourparlers.

Dans un premier temps, pour éviter les difficultés possible lors de pourparlers, les parties à la négociation peuvent imposer des obligations d'exclusivité, d'information, de bonne foi et de loyauté ou de confidentialité.

Mais, est-ce qu'en cas d'inexécution de l'obligation prévue dans l'avant-contrat, « *le créancier peut en exiger l'exécution forcée par le débiteur selon le principe posé par l'article 1184 du Code civil ?* »[1057].

En vertu de l'alinéa 2ème de l'article 1184 du Code civil français, si l'exécution en nature n'est pas possible, elle sera écartée. Aussi, lorsque l'obligation relative au déroulement des pourparlers est de faire ou de ne pas faire, compte tenu du texte de l'article 1142 du même code, l'exécution sera par équivalent[1058]. Donc, pour exiger l'exécution forcée en nature, il faut d'abord que l'exécution de l'obligation relative au déroulement des pourparlers soit possible.

[1054] L'art. 1184, al. 2 du C.civ.fr. : « *La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement* ».

[1055] P. Jestaz, « L'obligation et la sanction : à la recherche de l'obligation fondamentale », *in Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz, Paris, 1985, p. 273 et s.

[1056] J. Schmidt-Szalewski, *loc.cit.*, p. 28.

[1057] *Ibidem*, p. 29.

[1058] L'art. 1142 du C.civ.fr. : « *Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommage et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur* ».

Également, nous devons préciser que dans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, le président d'un tribunal peut « *ordonner l'exécution de l'obligation même s'il s'agit d'une obligation de faire* »[1059].

Le nouveau Code civil roumain ne s'éloigne pas des dispositions du Code civil français. Ainsi, l'exécution en nature des obligations contractuelles est une règle ayant valeur de principe, qui est consacrée par les articles 1516 et 1527 du nouveau Code civil roumain. En effet, l'article 1516[1060] affirme au premier alinéa que, indépendamment de leur source, « *le créancier a droit à l'exécution intégrale, exacte [précise] et à temps [dans le délai] de l'obligation* » assumée dans le contrat. L'alinéa second de l'article 1516 dispose que le créancier peut, au choix et sans préjudice de dommages et intérêts, soit agir en exécution forcée de l'obligation, soit demander la résolution ou la résiliation du contrat ou encore la diminution de sa propre obligation, soit enfin utiliser tout autre moyen prévu par la loi pour la réalisation de son droit[1061].

L'article 1527, alinéa 1er du Code civil roumain prévoit, en complétant les dispositions de l'article 1516, que « *le créancier peut toujours demander que le débiteur soit contraint à exécuter l'obligation en nature, à l'exception du cas où une telle exécution est impossible* ». Le même article dispose à l'alinéa suivant que « *le droit à l'exécution en nature comprend, le cas échéant, le droit à la réparation ou au remplacement du bien, ainsi que tout autre moyen pour remédier à l'exécution défectueuse* ».

La loi roumaine consacre donc le principe selon lequel si le débiteur n'a pas exécuté ses obligations, le créancier a le droit de demander l'exécution forcée en nature. De cette disposition résulte une responsabilité contractuelle.

[1059] L'art. 809, al. 2ème du C.pr.civ.fr. : « *Dans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, il [le président] peut accorder une provision au créancier, ou ordonner l'exécution de l'obligation même s'il s'agit d'une obligation de faire* ».

[1060] L'art. 1073 de l'a.C.civ.ro : « *Le créancier a le droit d'acquérir la réalisation exacte de l'obligation et, en cas contraire, il a le droit aux dommages-intérêts* ».

[1061] L'art. 1516, al. 2ème du n.C.ci.ro. : « *Lorsque, sans raison valable, le débiteur n'exécute pas son obligation et se trouve mis en demeure, le créancier peut, à son choix et sans perdre le droit aux dommages-intérêts, s'il y a droit : 1. demander ou, le cas échéant, mettre en œuvre l'exécution forcée de l'obligation ; 2. obtenir, si l'obligation est contractuelle, la résolution ou la résiliation du contrat ou la réduction de sa propre obligation corrélative ; 3. utiliser, le cas échéant, tout autre moyen prévu par la loi pour la réalisation de son droit* ».

Toutefois, le Code affirme que le débiteur sera exonéré si l'exécution « *est impossible* » (article 1527, alinéa 1er du Code civil). Le Code civil roumain ne définit pas ce qu'il faut entendre par *impossible*. Cependant, le sens retenu en droit roumain est le même que celui donné par Gérard Cornu[1062].

La doctrine roumaine a distingué trois hypothèses où l'exécution n'est pas possible[1063]. D'abord, l'exécution du contrat n'est pas possible s'il existe une impossibilité fortuite à caractère temporaire ou définitive qui conduise au report de l'exigibilité de l'obligation ou même à son extinction. Ensuite, l'exécution est impossible à cause de la faute du débiteur. Par exemple, si par la faute du débiteur le bien a disparu sans qu'il soit possible de le remplacer, le débiteur sera obligé à des dommages-intérêts. Enfin, l'exécution forcée n'est pas possible quand l'impossibilité est causée par la nature de l'obligation. À titre d'exemple, l'obligation de faire et celle de ne pas faire ne peuvent pas, en principe, être exécutées en nature directement[1064].

Dans la doctrine roumaine, il y avait et il y a toujours un débat sur l'exécution forcée des obligations de faire et de ne pas faire[1065]. Ainsi, avant la nouvelle codification de 2011, la doctrine se posait la question de savoir s'il est possible de recourir à l'exécution forcée de ces obligations[1066].

En effet, l'ancien article 1075 du Code civil roumain disposait que « *toute obligation de faire ou de ne pas faire se change en compensation [" dezdaunari "], en cas d'inexécution du débiteur* ». De là, il résultait que l'exécution forcée des obligations de faire et de ne pas

---

[1062] « *[S'agissant du fait d'un débiteur]. Qui ne peut être accompli ou évité pour une raison matérielle [perte, arrêt de fabrication, tempête] ou juridique [prohibition, expropriation, réquisition] de caractère objectif [non à cause de la faiblesse du débiteur] et insurmontable [absolument], soit que l'impossibilité existe lors de l'engagement [ex. le contrat qui a, au départ, un objet impossible est nul], soit que l'impossibilité survienne après coup [ex. si l'exécution devient impossible par l'effet d'une force majeure, le débiteur est libéré]* », G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, *op.cit.*, p. 522.

[1063] L. Pop, *op.cit.*, p. 727, n° 523.

[1064] *Ibidem*, p. 270 et s., p. 729 et s.

[1065] Étant donné l'importance de ces obligations dans l'évolution de l'analyse sur les obligations des avant-contrats, nous considérons nécessaire de développer en quelques lignes cette question.

[1066] C. Statescu, C. Birsan, *op.cit.*, p. 338, n° 230.

faire n'était pas possible car elles étaient exécutés par équivalent, c'est-à-dire par des dommages et intérêts.

La doctrine a formulé deux reproches contre cette disposition[1067]. Premièrement, cette disposition légale permettrait au débiteur de changer, par sa simple manifestation de volonté, l'objet de l'obligation en une somme d'argent. Deuxièmement, l'ancien Code civil disposait à l'article 1077 qu'en cas d'inexécution d'une obligation de faire, le créancier peut être autorisé par le tribunal à exécuter lui-même l'obligation, pour le compte de débiteur[1068]. Concernant l'obligation de ne pas faire, l'article 1076 de l'ancien Code civil prévoyait aussi que le créancier a la possibilité de demander au juge d'obliger le débiteur à détruire ce qui a été fait en violation de l'obligation de ne pas faire, ou de l'autoriser à détruire lui-même mais aux frais du débiteur. Or, cette action de détruire représente en réalité une exécution par équivalent.

Pourtant, la règle prévue à l'article 1075 de l'ancien Code civil roumain s'appliquait uniquement à l'obligation de faire *intuitu personae*[1069], c'est-à-dire celle qui implique une action personnelle de la part du débiteur qui a été envisagée par le créancier lors de la formation du rapport juridique. Ainsi, l'obligation ne peut pas être considérée comme exécutée de bonne foi par le débiteur.

Contrairement à l'ancienne réglementation de l'article 1075, le nouveau Code civil roumain régit l'obligation de faire et celle de ne pas faire dans deux article distincts. Ainsi, l'article 1528 contient les dispositions relatives à l'obligation de faire[1070] et l'article 1529 celles correspondant à l'obligation de ne pas faire[1071].

[1067] *Ibidem*.

[1068] T.S. (Tribunal Suprême) sect.civ., Dec. nr. 2761, 29 novembre 1973 ; T.S. sect.civ., Dec. nr. 501, 9 april 1969, *C.D.* 1969, p. 131-132.

[1069] C. Statescu, C. Birsan, *op.cit.*, p. 339, n° 230.

[1070] L'art. 1528 du n.C.civ.ro.: « *(1) En cas d'inexécution d'une obligation de faire, le créancier peut, aux frais du débiteur, exécuter lui-même ou faire exécuter l'obligation. (2) À l'exception du cas où le débiteur est mis en demeure de plein droit, le créancier peut exercer ce droit seulement s'il en informe le débiteur soit en même temps qu'il le met en demeure, soit ultérieurement à celle-ci* ».

[1071] L'art. 1529 du n.C.civ.ro. : « *En cas d'inexécution d'une obligation de ne pas faire, le créancier peut demander au tribunal l'autorisation de détruire ou enlever, aux frais du débiteur, ce que celui-ci a fait en violation de son obligation, dans les limites fixées par décision judiciaire* ».

Classiquement, l'exécution forcée d'une obligation de faire n'est pas possible car elle contrevient au principe *nemo potest praecise cogi ad factum* (nul ne peut être contraint à faire quelque chose). Cependant, pour éviter d'être en contradiction avec ce principe, le nouveau Code civil s'inspire de la jurisprudence et il contient des dispositions qui font références d'une manière indirecte à l'exécution en nature les obligations[1072].

D'abord, à l'article 1528 alinéa 1er, il est prévu expressément qu'en cas d'inexécution d'une obligation de faire, le créancier peut exécuter lui-même ou faire exécuter l'obligation par un tiers. En effet, le texte du Code ne donne pas le droit au créancier de forcer le débiteur à exécuter son obligation, mais il lui offre deux options alternatives : soit il l'exécute lui-même, soit il en confie l'exécution à un tiers. Dans les deux cas, le créancier devra demander à la suite de l'exécution en nature au débiteur l'équivalent à son exécution, c'est-à-dire des dommages-intérêts.

Ensuite, à propos de l'obligation de ne pas faire, le nouveau Code civil roumain codifie la jurisprudence et garde la même logique que celle appliquée à l'obligation de faire. Pourtant, on ne peut pas à proprement parler d'exécution forcée de l'obligation de ne pas faire, puisque les parties ne peuvent pas faire ce qu'elles doivent s'abstenir de faire[1073]. Ainsi, lorsque cette obligation a été violée, le créancier peut demander au juge l'autorisation d'enlever ou de détruire ce que le débiteur a fait (par exemple la construction d'une maison à une distance trop proche du voisin) et aux frais de celui-ci.

En droit français, la doctrine définit aussi les circonstances qui constituent une impossibilité d'exécution[1074]. Ainsi, l'exécution en nature n'est plus possible lorsque le fait du débiteur a rendu matériellement impossible l'exécution de l'obligation. C'est la situation dans laquelle l'obligation a pour objet une chose dont la partie a provoqué la disparition sans qu'il soit possible de la remplacer, ou une prestation que le débiteur ne veut plus exécuter en étant le seul à pouvoir le faire.

Il peut aussi arriver que l'obligation puisse encore matériellement ou juridiquement être exécutée, mais que l'objet du contrat n'existe plus. La jurisprudence a décidé que, dans ce

---

[1072] L. Pop, *op.cit.*, p. 270, n° 189.

[1073] *Ibidem*, p. 271, n° 190.

[1074] J. Schmidt-Szalewski, *loc.cit.*, p. 30.

cas, l'exécution est impossible, la résolution étant l'unique solution[1075]. L'exemple le plus courant est celui du retard dans l'exécution qui rend la prestation dénuée d'intérêt.

L'inexécution des obligations précontractuelles de confidentialité, de loyauté et d'exclusivité illustre parfaitement cette hypothèse. Ainsi, si la partie a divulgué des informations à caractère confidentiel aux tiers, la valeur de ces informations a été compromise. De même, si une partie a mené des négociations en parallèle en violant l'obligation d'exclusivité, il est possible de faire condamner le débiteur.

Dans un second temps, « *la personne intéressée par un contrat dont la conclusion ne parait pas envisageable dans l'immédiat, peut créer à la charge de son partenaire une obligation d'entreprendre la négociation, espérant ainsi bénéficier d'une chance de conclusion du contrat convoité* »[1076].

Il y a deux accords précontractuels qui contiennent cette obligation d'entreprendre la négociation.

Le premier avant-contrat est l'accord de principe. Il caractérise « *l'entente initiale engageant ses partenaires à concourir de bonne foi à l'élaboration d'un contrat dont les conditions sont à déterminer mais dont la conclusion future est arrêtée dès l'origine, de telle sorte qu'ils ne peuvent librement s'en déprendre* »[1077]. Ainsi, l'accord de principe engendre le devoir d'entamer la négociation d'un contrat futur[1078].

La question de la qualification de l'objet de l'obligation inexécutée a été soulevée en jurisprudence[1079]. Ainsi, soit l'obligation est de conclure le contrat et alors l'obligation est de résultat, soit les parties assument le devoir d'entreprendre la négociation et l'obligation sera de moyens[1080].

[1075] Cass. 1er civ., 17 février 1982, *Bull.civ.* I, n° 77 ; *JCP* 1982.IV ; *RTD civ.* 1983, p. 239 et s.

[1076] J. Schmidt-Szalewski, *loc.cit.*, p. 31.

[1077] G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 10e éd., PUF, Paris, 2014, p. 13.

[1078] Cass.com., 2 juillet 2002, n° 00-13459, *inédit*, non publié au bull.

[1079] Cass.soc., 24 mars 1958, *JCP* 1958.II.10868, note J. Carbonnier ; Cass.soc., 19 décembre 1989, *D.* 1991.62, note J. Schmidt-Szalewski.

[1080] J. Cedras, « L'obligation de négocier », *RTD com*. 1985.265.

D'une manière générale, l'obligation est de moyens car l'exécution de l'obligation de négocier ne vaut pas automatiquement conclusion du contrat. Par conséquent, le créancier n'obtiendra pas l'exécution forcée du contrat mais uniquement des dommages et intérêts.

Le deuxième accord précontractuel est le pacte de préférence. Cet accord définit « *la convention par laquelle le promettant s'engage pour le cas où il se déciderait à conclure, à offrir par priorité au bénéficiaire du pacte de traite avec lui [sous l'obligation de porter à sa connaissance toute offre relative à ce contrat]*»[1081].

Par opposition à l'obligation de négocier qui caractérise l'accord de principe, l'objet de l'obligation du pacte de préférence est plus précis. Ainsi, le débiteur de la promesse s'oblige à adresser en priorité au bénéficiaire de la promesse une offre à des conditions au moins aussi avantageuses que celles faites à des tiers.

Il faut préciser que même si le contrat définitif est translatif de droits réels, le pacte de préférence ne crée que des obligations de faire ou de ne pas faire[1082] et aucun droit réel au profit du bénéficiaire du pacte[1083].

En cas d'inexécution du pacte de préférence, deux situations se distinguent. D'abord, si le débiteur de l'obligation n'a pas exécuté son obligation mais que le bien est toujours dans son patrimoine, il peut être condamné en principe à adresser au créancier une offre de contrat et la simple acceptation forme le contrat définitif.

Ensuite, si le contrat a déjà été conclu avec un tiers qui connaissait non seulement l'existence du pacte mais aussi l'intention du bénéficiaire de se prévaloir de son droit de préférence, le bénéficiaire peut demander au juge de le substituer au tiers dans le contrat conclu. C'est l'application de la règle *fraus omnia corrumpit* qui sanctionne une conclusion frauduleuse entre le débiteur et le tiers. En revanche, si le tiers a été de bonne foi, le contrat conclu avec celui-ci reste valable, et le tiers n'encourt aucune responsabilité. L'exécution forcée en nature n'est alors pas possible, il y aura exécution par équivalent[1084].

[1081] G. Cornu, *op.cit.*, p. 728.

[1082] L'art. 1142 du C.civ.fr. : « *Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur* ».

[1083] J.-C. Groslière, « Le droit de préemption, préférence ou retrait », *JCP* 1963.I.1769.

[1084] « *L'article 1142 [C.civ.fr] serait ainsi le pendant de l'article 1184 alinéa 2 [C.civ.fr.], qui permet au créancier de forcer le débiteur à l'exécution "lorsqu'elle est possible". Dès lors que l'exécution en nature est*

La deuxième catégorie d'obligations qui caractérise les avant-contrats correspond à la conclusion du contrat définitif. Pour avoir une plus grande certitude que le contrat sera conclu, les parties peuvent englober dans un avant-contrat la volonté de conclure le contrat définitif. Ce type d'avant-contrat porte le nom de *promesse unilatérale* ou de *promesse synallagmatique*.

Tout d'abord, la promesse unilatérale de contrat se présente comme l' « *accord de volonté par lequel une personne s'engage immédiatement envers une autre à passer avec elle un certain contrat à des conditions déterminées, le bénéficiaire de cet engagement restant libre de ne pas conclure le contrat envisagé ou de le conclure en " levant" l'option dans le délai* »[1085]. Ainsi, la promesse unilatérale constitue un contrat par lequel le promettant fait une offre de contrat futur au bénéficiaire et s'engage à la maintenir pendant un délai.

En cas d'inexécution de la promesse et de conclusion du contrat avec un tiers de bonne foi, l'obligation de conclure le contrat reste valable, mais elle donne seulement lieu à des dommages et intérêts, l'exécution en nature ne pouvant plus être envisagée. En cas de violation par la conclusion du contrat avec un tiers de mauvaise foi, dans la doctrine et jurisprudence il existe plusieurs opinions sur la sanction. Nous étudierons tous les points divergents dans le deuxième titre de cette partie.

Ensuite, la promesse synallagmatique de contrat définit un « *accord de volontés par lequel deux personnes s'engagent réciproquement et définitivement dans les termes d'un contrat dont les conditions essentielles, au moins, sont déterminées et qui équivaut au contrat lui-même* »[1086].

L'article 1589 du Code civil français prévoit que « *la promesse de vente vaut vente, lorsqu'il y a consentement réciproque des parties sur la chose et le prix* ». Par conséquent, la promesse synallagmatique *vaut* contrat car elle comporte le consentement mutuel des parties.

Cependant, la jurisprudence de la Cour de cassation française admet que les parties puissent déroger à la règle que la *promesse de vente vaut vente*. Ainsi, « *lors de la passation du "compromis" les parties n'ont généralement pas conscience de conclure une vente, mais*

---

devenue impossible [hors un cas de force majeure], le créancier peut demander la résolution du contrat et des dommages-intérêts », J. Schmidt-Szalewski, *loc.cit.*, p. 38.

[1085] G. Cornu, *op.cit.*, p. 816.

[1086] *Ibidem*.

un avant-contrat, devant être suivi de l'acte authentique qui, dans leur esprit "vaudra vente"» »[1087]. En effet, une promesse synallagmatique se distingue du contrat définitif et elle produit les effets d'un avant-contrat.

La théorie de l'autonomie de la volonté et le principe de la liberté des conventions supposent que les parties ne peuvent s'engager que pour soi-même, et qu'elles ne peuvent aussi engager autrui sans son consentement[1088]. Ainsi, c'est de la conjugaison de ces deux notions que la doctrine a dégagé un double sens[1089] : d'un côté, l'effet relatif du contrat et, de l'autre côté, l'opposabilité de l'obligation à l'égard des tiers.

Sous-section 2. L'effets des avant-contrats

En général, le contrat est un accord entre les volontés individuelles de deux ou plusieurs personnes. Le résultat des volontés des parties sera celui qui produira des effets seulement vis-à-vis des parties elles-mêmes car c'est elles qui ont donné leur consentement pour réaliser ces effets juridiques. Ainsi, le contrat ne produira en principe aucun effet obligatoire à l'égard des tiers. Autrement dit, le contrat sera source d'obligations que pour les personnes qui ont donné leur accord de s'engager juridiquement.

L'effet relatif du contrat trouve sa source respectivement dans le texte des articles 1134[1090] et 1165[1091] du Code civil français, et celui des articles 1280[1092] et 1281[1093] du nouveau Code civil roumain.

[1087] J. Schmidt-Szalewski, *loc.cit.*, p. 44.

[1088] Y. Buffelan-Lanore, V. Larribau-Terneyre, *Droit civil. Les obligations*, 13e éd., Sirey, Paris, 2012, p. 431.

[1089] H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, F. Chabas, *Leçons de droit civil. Obligations. Théorie générale*, 9e éd., Montchrestien, Paris, 1998, p. 865.

[1090] L'art. 1134, al. 1er du C.civ.fr. : « *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* ».

[1091] L'art. 1165 du C.civ.fr. : « *Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121* ».

[1092] L'art. 1280 du n.C.civ.ro. : « *Le contrat produit effet seulement entre les parties si la loi n'en dispose autrement* » ; l'art. 973 de l'a.C.civ.ro. : « *Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes* ».

Notre analyse, dans cette seconde sous-section, se concentre en premier temps sur la présentation du principe de l'effet relatif des avant-contrats (§1.) et, en second temps, sur l'opposabilité de l'obligation en tant qu'effet des avant-contrats (§2.).

§1. Le principe de l'effet relatif des avant-contrats

Classiquement, le principe de l'effet relatif du contrat a ses fondements dans le dogme de l'autonomie de la volonté[1094]. « *Ce principe se déduit tout naturellement de l'analyse du contrat. Puisque celui-ci tire sa force de la volonté des contractants, il est naturel qu'il ne produise cet effet obligatoire qu'à l'égard des parties qui ont voulu ces effets juridiques, et que ces effets n'atteignent pas les tiers qui, par hypothèse, ne les ont pas voulus. La relativité de l'effet obligatoire du contrat est en harmonie avec la doctrine individualiste de l'autonomie de la volonté* »[1095]. En effet, l'autonomie de la volonté limite les effets du contrat aux parties elles-mêmes. Le contrat n'a donc d'effet obligatoire qu'entre les parties.

Le principe de l'effet relatif du contrat trouve ses racines dans l'adage latin « *res inter alios acta, allis nex prodese, nec nocere potest* » (la chose conclue entre les uns ne peut nuire ou profiter aux autres ou tiers). Toutefois, les formulations modernes ont adapté ce principe[1096].

Ainsi, même si les effets des contrats ont été initialement limités aux parties au contrat, la pratique des contrats l'a étendu aux tiers. C'est l'hypothèse de la stipulation pour autrui. En effet, il a été admis la prolongation des effets du contrat sur les tiers uniquement pour les droits qui vont se naître dans leur patrimoine. Pourtant, cette possibilité est conditionnée par l'acceptation du tiers bénéficiaire.

[1093] L'art. 1281 du n.C.civ.ro. : « *Le contrat est opposable aux tiers, qui ne peuvent pas porter atteinte aux droits et aux obligations nées du contrat. Les tiers peuvent se prévaloir des effets du contrat, mais sans avoir le droit de demander son exécution, à l'exception des cas prévus par la loi* ».

[1094] C. Larroumet, « Les obligations. Le contrat. Effets », *in* C. Larroumet (*dir.*), *Droit* civil, 2e partie, t. III, 6e éd., Economica, Paris, 2007, p. 813, n° 707.

[1095] G. Marty, P. Raynaud, *Droit civil. Les obligations*, t. I, 2e éd, Sirey, Paris, 1988, p. 271.

[1096] L. Pop, *op.cit.*, p. 175, n° 120.

Le principe fondamental de l'effet relatif du contrat est prévu à l'article 1165 du Code civil français. Ainsi, le texte de loi dispose que « *les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121* ». Le texte est complété par les articles 1119 à 1122 du Code civil français[1097].

L'ancien Code civil roumain[1098] ainsi que le nouveau Code civil[1099] limitent aussi les effets du contrat aux parties. La doctrine roumaine a délimité les dispositions relatives aux effets des contrats en deux domaines : le domaine objectif de la relativité des effets du contrat et le domaine subjectif de la relativité des effets du contrat[1100].

Dans un premier temps, en vertu de la force obligatoire, le contrat crée à la charge des parties des obligations de donner, de faire ou de ne pas faire. Comme il a été vu, le principe de l'effet relatif du contrat a pour rôle la limitation des obligations aux parties. À l'égard des tiers, l'avant-contrat s'impose comme réalité objective qui doit être respectée par ceux-ci.

De cette distinction se déduit un régime juridique distinct en matière de responsabilité civile. Plus précisément, dans l'hypothèse où l'une des parties viole une obligation, la responsabilité contractuelle s'applique. Si, en revanche, la violation du contrat est causée par la faute d'un tiers, le fait coupable de celui-ci est source de responsabilité délictuelle.

[1097] L'art. 1119 du C.civ.fr. : « *On ne peut, en général, s'engager, ni stipuler en son propre nom, que pour soi-même* ».

L'art.1120 du C.civ.fr. : « *Néanmoins, on peut se porter fort pour un tiers, en promettant le fait de celui-ci ; sauf l'indemnité contre celui qui s'est porté fort ou qui a promis de faire ratifier, si le tiers refuse de tenir l'engagement* ».

L'art.1121 du C.civ.fr. : « *On peut pareillement stipuler au profit d'un tiers lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même ou d'une donation que l'on fait à un autre. Celui qui a fait cette stipulation ne peut plus la révoquer si le tiers a déclaré vouloir en profiter* »

L'art.1122 du C.civ.fr. : « *On est censé avoir stipulé pour soi et pour ses héritiers et ayants cause, à moins que le contraire ne soit exprimé ou ne résulte de la nature de la convention* ».

[1098] L'art. 973 de l'a.C.civ.ro. : « *Les conventions n'ont effet qu'entre les parties contractantes* ».

[1099] L'art. 1280 du n.C.civ.ro. : « *Le contrat produit effet seulement entre les parties, si la loi n'en dispose autrement* ».

[1100] L. Pop, *op.cit.*, p. 175, n° 122.

Dans un second temps, la caractérisation du champ subjectif de la relativité des effets du contrat présuppose la détermination des personnes qui subissent les effets du contrat et celles qui sont étrangères à l'application du contrat[1101]. En effet, la doctrine distingue entre les parties contractantes et les tiers ou *penitus extranei*. D'une manière générale, les parties au contrat sont les personnes physiques ou morales qui ont donné leur consentement à la conclusion du contrat. La notion générale de *tiers* désigne toutes les personnes qui n'ont pas exprimé leur consentement lors de la formation du contrat.

Cependant, à côté des personnes qui ont la qualité de tiers *penitus extranei*, c'est-à-dire celles qui n'ont aucun lien avec le contrat, il peut exister des tiers qui sont devenus parties au contrat en raison de circonstances antérieures ou postérieures à sa conclusion. De même, il y a des tiers qui subissent seulement certains effets du contrat. C'est le cas des créanciers chirographaires qui subissent les effets du contrat indirectement par le droit de gage général qu'ils détiennent sur le patrimoine de leur débiteur, partie au contrat. Il faut mentionner que même si le créancier chirographaire a deux droits spéciaux, l'action paulienne et l'action oblique, aucun de ces droits ne lui donne la qualité de partie contractante[1102]. Cette analyse s'applique également au droit français car, même s'il y a une certaine différence dans la rédaction des contenus, le résultat visé par les dispositions des codes est le même.

Le système de *common law* déduit la relativité des effets du contrat de données purement techniques. Ainsi, en droit anglais, l'engagement contractuel est sanctionné que s'il ne comporte pas une « *consideration* ». Cet élément essentiel pour la formation du contrat doit avoir été nécessairement fourni par le stipulant et reçu par le débiteur.

Le Code civil allemand (BGB) précise qu'en vertu du rapport obligatoire qui naît du contrat, le créancier a le droit d'exiger du débiteur une prestation qui peut aussi consister en une abstention[1103].

[1101] I. Deleanu, *Partile si tertii. Relativitatea si opozabilitatea efectelor juridice*, Ed. Rosetti, Bucarest, 2002, p. 26 et s.

[1102] P. Vasilescu, *Relativitatea actului juridic. Repere pentru o noua teorie generala a actului de drept privat*, Ed. Rosetti, Bucarest, 2002, p. 150 et s.

[1103] L'art. 241, al.1 du BGB : « *Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern. Die Leistung kann auch in einem Unterlassen bestehen* », (« *En vertu du rapport*

Le droit allemand reconnaît également la validité des stipulations pour autrui, sous la seule réserve d'un intérêt de stipulation[1104]. Pourtant, la stipulation pour autrui est rendue nécessaire par la conception restrictive adoptée par le droit allemand quant à l'opposabilité des situations juridiques nées du contrat. En conséquence, c'est une responsabilité contractuelle qui est invoquée à partir d'une stipulation pour autrui implicite.

Le Code civil italien consacre un chapitre entier aux « *effets du contrat* » (articles 1372 à 1382). Cependant, « *il Codice civile italiano* » ne mentionne expressément à l'article 1376 que les effets réels que le contrat peut avoir, ainsi que les modes et les mécanismes de transfert des droits eux-mêmes (articles 1376 à 1378), après avoir tout de même précisé, dans une règle (article 1374) substantiellement analogue à l'article 104 de Code civil italien, que les effets du contrat ne dépendent pas uniquement de ce que les parties ont convenu, et après avoir prescrit que l'exécution de celui-ci doit avoir lieu selon le principe de la bonne foi (article 1375).

La Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises prévoit des dispositions à la fois analytiques et descriptives indiquant les effets du contrat quant aux obligations qui naissent à la charge des parties[1105].

Le projet de droit commun européen de la vente, comme la Convention de Vienne, contient des règles se rapportant aux effets relatifs du lien obligatoire pour chaque partie[1106]. Ainsi, à l'article 91, le projet énumère les obligations principales du vendeur, à savoir : livrer le bien ou fournir le contenu numérique ; transférer la propriété du bien, y compris le support matériel sur lequel le contenu numérique est fourni ; s'assurer que le bien ou le contenu numérique sont en conformité avec le contrat ; s'assurer que l'acheteur a le droit de faire usage

---

d'obligation, le créancier a le droit d'exiger du débiteur une prestation. La prestation peut également consister en une abstention »).

[1104] A. Rieg, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand,* thèse, Strasbourg, LGDJ, Paris, 1961, p. 488 et s.

[1105] Ch. II. « *Obligations du vendeur* », (art. 30-34), l'art. 30 : « *Le vendeur s'oblige, dans les conditions prévues au contrat et par la présente Convention, à livrer les marchandises, à en transférer la propriété et, s'il y a lieu, à remettre les documents s'y rapportant* » ; Ch. III. « *Obligations de l'acheteur* » (art. 53-65), l'art. 53 : « *L'acheteur s'oblige, dans les conditions prévues au contrat et par la présente Convention, à payer le prix et à prendre livraison des marchandises* ».

[1106] Ch. X – « *Obligations du vendeur* », les arts. 91 à 105 ; ch. XII – « *Obligations de l'acheteur* », les arts. 123 à 130.

du contenu numérique conformément au contrat ; transmettre les documents représentant le bien ou s'y rapportant, ou relatifs au contenu numérique, conformément aux stipulations contractuelles. Les obligations principales de l'acheteur sont prévues à l'article 123. En effet, l'acheteur s'oblige : à payer le prix, à prendre livraison des documents représentant le bien ou s'y rapportant ou relatifs au contenu numérique conformément aux stipulations contractuelles.

Dans le même sens que la Convention de vente internationale de marchandises et que le projet de droit commun européen de la vente, le projet de cadre commun de référence a dédié deux chapitres pour codifier les obligations propres à chacune des parties[1107]. Concernant les obligations principales des parties, le cadre commun ne se distingue pas fondamentalement des dispositions de la Convention du Vienne et du projet de droit européen de la vente[1108].

L'avant-projet de Code européen des contrats de l'Académie des privatistes européens affirme à l'article 42 du titre VI, les *Effets du contrat*, que « *le contrat a force de loi entre les parties et produit des effets en faveur des tiers comme il est prévu dans les règles du présent titre* ». Le texte de l'article 42 reproduit en substance le contenu de l'article 1372 du Code civil italien, dont la source est l'article 1134 du Code civil français[1109]. En essence, il fait référence « *au caractère obligatoire du contrat qu'il est nécessaire d'affirmer in primis* »[1110].

Au sujet des *tiers*, le même article prévoit que la convention peut produire des effets en leur faveur. Les auteurs de l'avant-projet ont préféré « *recourir à un ton affirmatif plutôt que négatif, pour éviter que l'on attribue un caractère d'exceptionnalité aux règles qui se réfèrent aux tiers, vu également l'emploi sur le contenue du contrat en faveur d'un tiers et l'effet, utile,*

[1107] Chapitre 2 « *Obligations du vendeur* », les articles IV.A. – 2 : 101 à IV.A. – 2 : 309, et le chapitre 3. « *Obligation du vendeur* », les articles IV.A. – 3 : 101 à IV.A. 4 : 304

[1108] L'art. IV. A. – 2 : 101 du DCFR : « *Le vendeur s'oblige : (a) à transférer la propriété du bien ; (b) à livrer le bien ; (c) à transmettre les documents représentant le bien ou s'y rapportant, conformément au contrat ; (d) à s'assurer que le bien est en conformité avec le contrat* » ; l'art. IV.A. – 3 : 101 du DCFR : « *L'acheteur s'oblige : (a) à payer le prix ; (b) à prendre livraison du bien ; (c) à prendre livraison des documents représentant le bien ou s'y rapportant conformément aux stipulations contractuelles* ».

[1109] G. Gandolfi (*dir.*), *Code européen des contrats. Avant-projet*, Livre 1er, Académie des privatistes européens, Dott. A. Giuffrè editore, Milano, 2004, p. 133.

[1110] *Ibidem.*

que celui-ci pourrait avoir dans le futur dans le cadre de la limitation des prix »[1111]. À la lumière des droits positifs nationaux, les projets d'harmonisation français contiennent *a fortiori* des dispositions relatives à l'effet des conventions. Ainsi, l'article 1165 du projet Catala prévoit que « *les conventions ne lient que les parties contractantes [...]* ». L'article 1165-1 ajoute que « *les conventions sont opposables aux tiers [...]* ». Toutefois, le projet Terré et le projet de l'ordonnance de la Chancellerie de mars 2015 ne contiennent aucune disposition expresse concernant l'effet du lien obligatoire du contrat dans les chapitres consacrés aux effets du contrat.

§2. Le principe d'opposabilité des avant-contrats

Le principe de l'opposabilité est « *un complément nécessaire de la force obligatoire du contrat* »[1112], « *qui tend à faire reconnaître l'existence du contrat par les tiers, car si ces derniers étaient autorisés à le méconnaître, il ne pourrait pratiquement pas atteindre à l'efficacité, même entre les parties* »[1113].

La doctrine a précisé que l'opposabilité du contrat peut se manifester sous trois aspects : l'opposabilité du contrat aux tiers par les parties, l'opposabilité par les tiers aux parties, le contrat est opposable aux tiers par les tiers[1114]. Toutefois, seule l'hypothèse de l'opposabilité par les parties aux tiers se révèle pertinente par rapport à notre sujet d'étude.

Conformément à la classification classique des droits subjectifs, le principe d'opposabilité trouve application selon que le contrat a pour objet un droit de créance ou un droit réel.

[1111] *Ibid*.

[1112] G. Goffaux-Callebaut, *Du contrat en droit des sociétés. Essai sur le contrat instrument d'adaptation en droit des sociétés*, L'Harmattan, coll. Presses universitaires de Sceaux, Paris, 2008, p. 289, n° 408.

[1113] J. Ghestin, C. Jamin, M. Billiau, « Les effets du contrat », *in* J. Ghestin, *Traité de droit civil*, 3e éd., LGDJ, Paris, 2001, p. 766, n° 724.

[1114] *Ibidem*, p. 775, n° 725.

D'abord, concernant l'effet du principe sur les contrats ayant pour objet un droit de créance, « *l'opposabilité assure la pleine efficacité du contrat entre les parties mais l'opposabilité n'assure que la pleine efficacité du contrat [...]* »[1115].

Ainsi, en vue d'assurer l'exécution « *normale* » du contrat, l'opposabilité a des effets distincts propres à la nature de l'obligation qui résulte du contrat. Donc, si le contrat a pour objet une obligation de faire ou de ne pas faire, le principe d'opposabilité se traduit à l'égard des tiers par un devoir de ne pas faire qui est sanctionné par la responsabilité civile de nature délictuelle[1116].

De la même manière, le principe de l'opposabilité se manifeste par le refus légitime d'une des parties de s'obliger envers un tiers et, par conséquent, l'exécution du contrat ne constitue pas une faute qui engage la responsabilité des contractants à l'égard des tiers.

Si le contrat a pour objet un transfert de créance, le principe d'opposabilité n'est qu'une extension de ses effets obligatoires à l'égard de certains tiers. La créance n'est pas uniquement qu'un simple bien. Elle est aussi « *un rapport de droit personnel, dans lequel il va falloir, par hypothèse, opérer une substitution de sujet* »[1117]. Ainsi, la créance est également un lien de droit car l'aliénation de créance représente aussi une situation contractuelle active.

En effet, l'opposabilité des conventions ayant pour objet un transfert de créance présente une certaine spécificité, que la jurisprudence met en évidence. Ce sont les hypothèses de la cession de créance et de la subrogation.

Un exemple pertinent pour notre sujet d'étude, réside dans la situation des pactes des préférence. Ainsi, la jurisprudence française considérait, dans un arrêt du 4 mai 1957, que si les juges du fond, « *appelés à statuer sur la violation d'un pacte de préférence, ont la liberté d'accorder le mode de réparation qui leur paraît le plus adéquat au dommage subi, ils ne sauraient cependant autoriser le bénéficiaire de ce pacte à se substituer purement et simplement au tiers acquéreur dans les droits que celui-ci tient de l'aliénation qui lui a été faite par le promettant* »[1118].

[1115] *Ibid*., p. 776.

[1116] F. Bertrand, *L'opposabilité du contrat aux tiers*, thèse, Paris II, 1979.

[1117] J. Carbonnier, *Obligations*, 22e éd., PUF, Paris, 2000, p. 558, n° 315.

[1118] Cass. 1er civ., 4 mai 1957, *Bull.civ.* I, n° 197, p. 163.

Une solution semblable a été donnée par la Cour de cassation française le 27 mai 1986[1119]. Au motif que les débiteurs de l'obligation de préférence ont manifesté leur volonté de ne pas vendre leurs actions aux bénéficiaires, la Cour annule l'arrêt et prononce une cassation fondée sur l'article 1583 du Code civil français[1120]. À la base de la décision d'annulation se trouvait l'absence d'accord sur la chose et sur le prix et l'admission ainsi qu'un pacte de préférence n'engendre qu'une obligation de faire.

Toutefois, par un arrêt de la chambre mixte du 26 mai 2006[1121], la Cour de cassation opère un revirement important. Par cet arrêt, la Cour décide que « *le bénéficiaire d'un pacte de préférence est en droit d'exiger l'annulation du contrat passé avec un tiers en méconnaissance de ses droits et d'obtenir sa substitution à l'acquéreur […] 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* ».

L'avant-projet Catala reprend la nouvelle tendance de la jurisprudence en disposant à l'article 1106-1 alinéa 3 que « *le contrat conclu avec un tiers est inopposable au bénéficiaire de la préférence, sous réserve des effets attachés aux règles assurant la protection des tiers de bonne foi* ».

Dans le même sens que l'avant-projet Catala, mais d'une manière plus concrète, le projet Terré prévoit que « *lorsque, en violation d'un pacte de préférence, un contrat a été conclu avec un tiers qui en connaissait l'existence, le bénéficiaire du pacte peut demander au juge de le substituer au tiers dans le contrat conclu. Le tout sans préjudice de dommages et intérêts* ».

Également, le projet d'ordonnance de la Chancellerie de mars 2015 prévoit à l'article 1125, alinéa 2ème que « *lorsque, en violation d'un pacte de préférence, un contrat a été conclu avec un tiers qui en connaissait l'existence, le bénéficiaire peut agir en nullité ou demander au juge de le substituer au tiers dans le contrat conclu. Le bénéficiaire peut également obtenir la réparation du préjudice subi* ».

[1119] Cass.com, 27 mai 1986, *RTD.civ.* 1987, p. 87, obs. J. Mestre.

[1120] L'art. 1583 du C.civ.fr. : « *Elle est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé* ».

[1121] Cass.ch.mixt, 26 mai 2006, n° 03-19376, *Bull.mixt* 2006, n° 4, p. 13.

Enfin, l'effet du principe d'opposabilité sur les contrats ayant pour objet un droit réel obéit à la même logique que l'opposabilité du contrat ayant pour objet un droit personnel[1122], c'est-à-dire d'avoir le rôle d'assurer l'efficacité de l'accord de volontés envisagé du point de vue des parties vis-à-vis des tiers.

Pourtant, puisque l'objet des avant-contrats n'est ni le transfert d'un droit réel immobilier, ni d'un droit réel corporel mobilier ou encore d'une propriété incorporelle, nous allons présenter le principe de l'opposabilité des effets du contrat en droit roumain avant de passer au deuxième principe qui gouverne la phase d'exécution du contrat, à savoir la bonne foi.

En droit roumain, la doctrine fait une distinction claire entre le principe de la relativité des effets du contrat et l'opposabilité à l'égard des tiers[1123]. Comme nous venons de l'évoquer, le principe de l'effet relatif du contrat implique que le contrat ne peut créer des droits et des obligations que pour les parties au contrat. Ainsi, le contrat devient une « *réalité sociale, un fait social, opposable à toute personne, même à ceux qui n'ont pas participé à sa conclusion ; celle-ci est l'opposabilité du contrat, qui ne se trouve pas en contradiction avec le principe de la relativité des effets du contrat* »[1124]. C'est-à-dire que l'existence de cette réalité sociale peut être invoquée par les parties vis-à-vis des autres personnes dans le but de respecter la situation juridique créée par le contrat, même si pour les tierces personnes elle n'est qu'un fait juridique[1125].

Ainsi, la distinction entre les deux principes qui découlent de l'effet du lien obligatoire présente un intérêt sur deux plans[1126]. Sur un premier plan, le rapport né entre les parties a valeur d'acte juridique en tant que manifestation de volonté des parties elles-mêmes et, sur un

---

[1122] M. Billiau, « L'opposabilité des contrats ayant pour objet un droit réel », *in* M. Fontaine, J. Ghestin (*dir.*), *Les effets du contrat à l'égard des tiers, comparaisons franco-belge*, LGDJ, Paris, 1992, p. 183 et s.

[1123] C. Statescu, C. Birsan, *op.cit.*, p. 67, n° 53 ; L. Pop, *op.cit.*, p. 186, n° 125.

[1124] C. Statescu, C. Birsan, *op.cit.*, p. 68, n° 53.

[1125] « *Contrairement à l'acte juridique, le fait juridique, dans le sens restreint de la notion, se révèle comme une action humaine commise sans l'intention de produire certains effets juridiques, mais qui en vertu de la loi prend effet, indépendamment de la volonté de l'auteur, parfois même contraire à sa volonté* », C. Statescu, C. Birsan, *op.cit.*, p. 111, n° 89.

[1126] *Ibidem*.

second plan, du point du vue des tiers, le contrat ne constitue pas un acte juridique mais un simple fait juridique.

Cette distinction a des conséquences juridiques sur la responsabilité civile qui peut être engagée et sur le régime de la preuve[1127]. En matière de responsabilité civile, si une partie n'exécute pas son obligation contractuelle et cause ainsi un préjudice à l'autre partie, la responsabilité sera de nature contractuelle. En revanche, si un tiers méconnaît le droit qu'une des parties tient du contrat ou s'il l'empêche d'exécuter son obligation contractuelle, la responsabilité de ce tiers sera une responsabilité délictuelle pour faute[1128].

Concernant le régime de la preuve, dans l'hypothèse d'un litige futur, la preuve du contrat se fait à la lumière des règles de la preuve des actes juridiques. En revanche, les tiers peuvent faire la preuve de l'existence du contrat et de son contenu par tous moyens. En effet, pour les tiers, le contrat est un fait juridique dont la preuve est libre, seule la preuve de l'acte juridique étant limitée[1129].

À l'instar de l'ancien Code civil roumain, le nouveau Code contient expressément les éléments essentiels de ce principe. Ainsi, l'article 1281 dispose que « *le contrat est opposable aux tiers, lesquels ne peuvent porter atteinte aux droits et obligations nés du contrat. Les tiers peuvent se prévaloir des effets du contrat, mais sans avoir le droit d'exiger son exécution, à l'exception des cas prévus par la loi* ».

[1127] *Ibid*., p. 69, n° 53.

[1128] L'art. 1357 du n.C.civ.ro. : « *(1) Celui qui cause un préjudice par un fait illicite, commis avec culpabilité, est tenu à le réparer. (2) L'auteur du préjudice répond de la plus légère faute* » ; l'art. 998 de l'a.C.civ.ro. : « *Tout fait de l'homme qui cause à autrui un préjudice, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer* » ; l' l'art. 999 de l'a.C.civ.ro. : « *L'homme est responsable non seulement du préjudice causé par son fait, mais aussi de celui qui a été causé par sa négligence ou par son imprudence* ».

[1129] L'art. 309, al. 2ème du n.C.pr.civ. : « *Aucun acte juridique ne peut être prouvé par des témoins, si la valeur de son objet dépasse 250 lei. Cependant, il peut se faire la preuve avec les témoins, contre un professionnel, de tout acte juridique, indifféremment de la sa valeur, si elle a été faite par celui-ci dans l'exercice de ses activités professionnelles, à l'exception des cas où la loi spéciale exige une preuve écrite* ».

La base de l'opposabilité est une certaine forme de « *connaissance* » qui crée des conséquences juridiques[1130]. En effet, en fonction de la connaissance il y a deux types d'opposabilité[1131]. Dans un premier temps, il existe une opposabilité immédiate qui consiste en une présomption relative de la connaissance de l'existence du contrat par les tiers à partir du moment de sa conclusion. C'est par exemple le cas en matière de possession d'un bien meuble, comme le prévoit l'article 936 du nouveau Code civil roumain[1132]. Dans un second temps, il y a une opposabilité médiate, c'est-à-dire qui est réalisée à travers un système de publicité organisée par la loi. Dans cette situation, le contrat n'est pas automatiquement et immédiatement opposable, mais le devient à compter de la publicité imposée par la loi[1133].

En conclusion, l'opposabilité désigne, dans un sens général, le respect par toutes les personnes (les ayants cause et les tiers) de la situation juridique créée par la conclusion du contrat. Dans un sens restreint, la notion d'opposabilité se résume à l'opposition du contrat aux tiers. Ainsi, c'est l'obligation de toute personne étrangère à une situation juridique — c'est-à-dire celles qui n'ont été ni partie ni représentée au contrat— de respecter cette réalité juridique.

La doctrine roumaine a distingué deux formes d'opposabilité aux tiers[1134]. Il y a d'abord une opposabilité probatoire, qui consiste en ce que les parties peuvent utiliser le contrat pour prouver une certaine situation juridique ou de fait. De même, les tiers peuvent opposer le contrat aux parties. Par exemple, un tiers peut invoquer un contrat antérieur qui prouve que les droits de son créancier n'existent plus.

Ensuite, la doctrine relève une opposabilité substantielle. En effet, c'est l'opposabilité du contrat par l'une des parties en tant que source de la légitimité des droits tirés du contrat. Le droit positif reconnaît quelques applications de ce type d'opposabilité. Le contrat peut par

---

[1130] I. Deleanu, *Partile si tertii. Relativitatea si opozabilitatea efectelor juridice*, Ed. Rosetti, Bucarest, 2003, p. 78 et s. ; M. Nicolae, *Tratat de publicitate imobiliara. Introducere in publicitatea imobiliara*, vol. I, Universul Juridic, Bucarest, 2011, p. 164 et s.

[1131] L. Pop, *op.cit.*, p. 187, n° 126.

[1132] L'art. 936 du n.C.civ.ro. : « *À l'exception des cas prévus par la loi, la possession de bonne foi du bien meuble assure l'opposabilité à l'égard des tiers des actes juridiques constitutifs ou translatifs de droits réels* ».

[1133] P. Vasilescu, *Drept civil. Obligatii*, Hamangiu, Bucarest, 2012, p. 285 et s.

[1134] L. Pop, *Tratat de drept civil. Obligatiile. Contractul*, vol. II, Universul Juridic, Bucarest, 2009, p. 576 et s. ; I. Deleanu, *op.cit.*, p. 241 et s. ; P. Vasilescu, *op.cit.*, p. 275 et s.

exemple être invoqué pour faire la preuve de la propriété d'un droit réel ou d'un droit de créance. Il peut également être invoqué comme juste titre pour acquérir la propriété par la possession de bonne foi sur les biens meubles[1135].

Section 2. L'exécution de bonne foi des conventions

D'abord nous nous attarderons sur l'utilité et les devoirs associés à l'obligation générale de bonne foi (Sous-section 1), avant d'aborder l'application de la bonne foi lors de la phase de négociations organisées (Sous-section 2).

Sous-section 1. L'obligation générale de bonne foi dans l'exécution des contrats

La doctrine n'a pas toujours porté pas une grande attention à l'alinéa 3 de l'article 1134 du Code civil français[1136]. Ainsi, la majorité des auteurs du XIXème siècle se contentait de l'affirmer et, parfois, d'expliquer que l'objet du texte est de condamner la distinction du droit romain entre les actions de bonne foi et les actions de droit strict. En effet, toutes les conventions devraient être interprétées conformément à l'intention des parties, plutôt que par référence à la lettre du texte[1137].

Toutefois, à partir de 1975, la jurisprudence donne un sens nouveau et une portée autonome à l'article 1134, alinéa 3 du Code civil français, à l'occasion de la mise en œuvre des clauses résolutoires. Très rapidement, la doctrine reprend le nouveau sens donné par la jurisprudence en énonçant même que « *la bonne foi de l'article 1134, c'est la bonne volonté,*

[1135] L'art. 937, al. 1er du n.C.civ.ro. : « *La personne qui, de bonne foi, conclut avec un non-propriétaire un acte translatif de propriété à titre onéreux ayant comme objet un bien meuble, devient le propriétaire de ce bien à partir du moment de sa prise en possession effective* ».

[1136] R. Vouin, *La bonne foi. Notion et rôle actuels en droit privé français*, LGDJ, Paris, 1939.

[1137] A. Bénabent, « Rapport français », *in* Travaux de l'Association Henri Capitant, *La bonne foi*, t. XLIII, Litec, Paris, 1994, p. 292.

la loyauté, le souci de se dépenser au profit de son cocontractant, de collaborer avec lui, de lui faciliter la tâche, en un mot de l'aimer comme un frère »[1138].

Demogue, en analysant le texte de l'article 1134 alinéa 3 du Code civil, disait que « *tout débiteur doit dans l'exécution de l'obligation se conduire en bon père de famille* »[1139]. Ainsi, l'article du Code « *impose aux parties des attitudes et des manières d'être et d'agir* »[1140] comme un « *bonus pater familias* », donc d'avoir « *un comportement idéal, un comportement devant servir de canon* »[1141].

En complétant l'article 14 du nouveau Code civil roumain[1142], l'article 1170 prévoit d'une manière complète et générale[1143] que « *les parties doivent agir de bonne foi tant lors de la négociation et de la conclusion du contrat, que durant le temps de son exécution. Elles ne peuvent ni écarter ni limiter cette obligation* ».

Toutefois, même si le nouveau Code civil roumain affirme expressément le principe de la bonne foi, il ne définit pas le contenu du principe, en abandonnant à la doctrine et à la jurisprudence le soin d'en dessiner les contours.

Ainsi, dans une tentative de la doctrine de synthétiser la jurisprudence relative à la bonne foi, il a été précisé que les principales caractéristiques de ce concept impliquent des faits psychologiques avec du contenu éthique (loyauté, prudence, ordre, tempérance)[1144]. Ces faits se reflètent sur le plan juridique à travers les notions de juste intention, de diligence, de licéité, et d'abstention de causer un préjudice. Ils se traduisent aussi par deux modes de manifestation dans les rapports juridiques. Plus précisément, d'un côté, les parties doivent

---

[1138] A. Sériaux, *Droit des obligations*, 2e éd., PUF, Paris, 1998, p. 229, n° 55.

[1139] R. Demogue, *Traité des obligations*, t. VI, A. Rousseau, Paris, 1923, n° 6.

[1140] B. Fages, *Le comportement du contractant*, thèse, PUAM, Aix-en-Provence, 1997, p. 298.

[1141] S. Darmaisin, *op.cit.*, p. 146.

[1142] L'art. 14 du n.C.civ.ro. : « *(1) Toute personne physique ou morale doit exercer ses droits et exécuter ses obligations civiles de bonne foi, conformément à l'ordre public et aux bonnes mœurs. (2) La bonne foi se présume jusqu'à preuve du contraire* ».

[1143] L'ancien Code civil roumain reprenait *ad litteram* le texte de l'art. 1134, al. 3 du Code civil français. Ainsi, l'art. 970, al. 1er de l'a.C.civ.ro. disposait que : « *Les conventions doivent être exécutées de bonne foi* ».

[1144] P. Cosmovici (*dir.*), *Tratat de drept civil. Partea generala*, vol. I, Ed. Academiei R.S.R., Bucarest, 1989, p. 251.

avoir une attitude honnête, loyale, dans leurs manifestations de volontés lors de la conclusion et de l'exécution des actes juridique. D'un autre côté, la bonne fois se reflète dans le comportement de croyance erronée et excusable, non-sanctionnable par la loi.

Donc, la bonne foi est une notion morale transformée dans une norme juridique de comportement lors de la négociation et de l'exécution du contrat. Elle représente un moyen juridique pour sanctionner le comportement contractuel des parties, s'il est contraire aux qualités morales (comme la fidélité, la sincérité, l'honnêteté) qui forment le contenu de cette règle[1145].

La suite de l'analyse se concentre sur l'étude de l'exécution de la bonne foi en droit français, car la ressemblance avec le droit roumain donnera l'impression d'une répétition des explications.

Avant d'aborder les déclinaisons de la bonne foi en terme de devoirs (§2), il nous revient de nous interroger sur l'utilité de la bonne foi (§1).

§1. L'utilité de la bonne foi

La doctrine a également présenté la bonne foi comme étant une « *formidable boîte à outils* »[1146], qui *primo* a pour but de sanctionner l'inexécution des obligations et *secundo* est un mécanisme de neutralisation de la force obligatoire du contrat.

D'abord, dans la majorité des cas, ce qui est demandé par la victime du manquement à la bonne foi, c'est la mise en œuvre des sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles.

En effet, les juges sanctionnent par l'allocation de dommages-intérêts ou par la résolution du contrat le manquement à la bonne foi même si une obligation contractuelle n'a pas été exécutée. Ainsi, ils emploient comme subterfuge la bonne foi pour sanctionner le

---

[1145] L. Pop, *op.cit.*, p. 515.

[1146] P. Ancel, « Les sanctions du manquement à la bonne foi dans l'exécution du contrat : Retour sur l'arrêt de la chambre commerciale du 10 juillet 2007 », *in Mélanges en l'honneur de Daniel Tricot. Professeur, avocat, juge au service du droit des affaires*, Litec, Dalloz, Paris, 2011, p. 68.

manquement à l'obligation qui pesait sur le contractant et dont la violation constitue une faute contractuelle.

Cependant, dans certaines situations, la bonne foi peut apparaître elle-même comme objet d'obligation, généralement sous la terminologie d'« *obligation d'exécuter le contrat de bonne foi* »[1147].

Dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation, il y a une tendance générale à éviter que les dommages-intérêts sanctionnant la violation par l'une des parties d'une de ses obligations secondaires n'aboutissent à décharger complètement l'autre de ses propres obligations. Rares sont aujourd'hui les hypothèses où un débiteur contractuel pourra obtenir sa décharge totale par le jeu de dommages-intérêts liés à un manquement à la bonne foi de son créancier.

Enfin, le principe de la bonne foi peut être utilisé par les parties ou par le juge d'une manière directe dans le cas de la force obligatoire du contrat lorsque celui-ci a été exécuté contrairement à la bonne foi[1148]. Plus précisément, la bonne foi est un moyen de paralyser la stricte application du contrat dont se prévaut une des parties. Ainsi, la partie ne peut se prévaloir du contrat car son application est contraire à la bonne foi. Donc, la sanction a comme fondement l'inefficacité de l'acte ou du comportement qui n'aura pas les effets attachés par le contrat si la partie avait été de bonne foi. C'est le même type de sanction qui est prévu par l'article 1 :103 du Projet de cadre commun de référence : la mauvaise foi « *peut interdire à son auteur d'exercer ou de se prévaloir d'un droit ou d'un moyen en demande ou en défense dont il aurait autrement disposé* ».

§2. Les devoirs associés à l'exigence de bonne foi

En pratique, le principe implique à la fois un devoir de loyauté et de coopération[1149], et un devoir de cohérence[1150].

[1147] Cass. 1er civ., 16 mars 2004, *Bull.civ.* I, n° 86 ; *D.* 2004.204, obs. D. Mazeaud ; *JCP E* 2004.737, note O. Renard-Payen.

[1148] P. Ancel, *op.cit.*, p. 79.

[1149] B. Fages, *Le comportement du contractant*, thèse, PUAM, Aix-en-Provence, 1997, p. 298, n° 552.

Tout d'abord, la doctrine a posé la question de savoir si l'obligation de se comporter loyalement dans l'exécution du contrat diffère du principe général d'exécution de bonne foi[1151]. Plusieurs tendances se distinguent. Le courant majoritaire ne fait aucune différence entre les deux notions, en les considérants comme synonymes. D'autres ne parlent que de l'exécution loyale, à laquelle ils rattachent toutes les obligations découlant de l'article 1134 alinéa 3 du Code civil. De même, l'étude de la loi montre que les textes légaux généraux font référence à la notion de bonne foi alors que les textes spéciaux traitent de loyauté ou plus exactement de déloyauté.

Pourtant, l'article 1134 alinéa 3 du Code civil ne fait pas référence à l'exécution loyale du contrat mais à l'exécution de bonne foi. Par conséquent, « *l'exécution de bonne foi est un principe général et l'exécution loyale n'en constitue qu'une application* »[1152].

Mais alors, « *qu'est-ce que la loyauté ? Peut-on concevoir une obligation civile de loyauté ?* »[1153]

Par rapport à la phase précontractuelle, où la loyauté s'exprime par la prohibition des manœuvres dolosives, la loyauté dans la période d'exécution impose aux parties « *ce qui est en leur pouvoir pour parer aux difficultés imprévues, faire produire au contrat son effet utile et ne pas s'arc-bouter sur leurs droits et obligations ; mais au contraire échanger des informations et même collaborer, en vue de procurer à chacun le résultat escompté* »[1154].

Ainsi, la loyauté pourrait être définie comme une obligation autonome qui impose aux parties de ne pas user de procédés, manœuvres ou comportements imprévisibles[1155] et interdits, mais d'adopter un comportement constant sur lequel autrui puisse fonder ses prévisions[1156].

[1150] D. Houtcieff, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, t. II, PUAM, Aix-en–Provence, 2001, p. 682.

[1151] S. Darmaisin, *Le contrat moral*, LGDJ, Paris, 2000, p. 147, n°218.

[1152] *Idem.*

[1153] L. Aynès, « L'obligation de loyauté », *in L'obligation. Archives de philosophie du droit*, t. XLIV, Dalloz, Paris, 2000, p. 195.

[1154] *Ibidem*, p. 201.

[1155] S. Darmaisin, *op.cit.*, p. 149, n°221.

[1156] L. Aynès, *op.cit.*, p. 204.

La jurisprudence française offre de multiples exemples de comportements contraires à la bonne foi, à la lumière desquels la doctrine a eu la possibilité de faire une classification[1157].

Premièrement, un comportement d'une partie est contraire à la loyauté parce qu'il manque de fidélité, c'est-à-dire que le comportement des cocontractants ne doit pas trahir la confiance qu'ils se portent[1158]. Par exemple, l'arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 30 avril 1987 jugeait que le fait, pour le salarié, de contracter pour son propre compte avec un client de son employeur est un comportement déloyal[1159].

Deuxièmement, le manque de loyauté peut être l'attitude d'un propriétaire qui, lors de l'exécution du contrat de bail, délivre une sommation avec clause résolutoire au moment précis où il sait que son locataire est en vacances[1160].

Troisièmement, le comportement trop brusque peut être un comportement contraire à la loyauté. Une fois le contrat conclu, l'exigence de loyauté permet de sanctionner les réactions intempestives et imprévisibles d'une partie devant l'inexécution par l'autre partie de ses obligations contractuelles.

Ensuite, d'une manière complémentaire au devoir de loyauté qui sanctionne les comportements contraires à la bonne foi, le devoir de coopération permet d'imposer aux parties « *des comportements convergents au service d'un intérêt contractuel commun* »[1161]. Plus concrètement, il suppose de la part des parties « *de faire preuve d'ouverture et d'assistance* »[1162].

Lorsqu'au cours de la phase de l'exécution du contrat une de parties rencontre des difficultés qui rendent l'accomplissement de ses obligations impossible, la bonne foi matérialisée dans l'obligation de coopération assure un comportement conciliant et constructif[1163]. La jurisprudence a montré ainsi qu'une partie ne peut valablement exiger

---

[1157] B. Fages, *op.cit.*, p. 299, n° 554 et s.

[1158] P. Malaurie, L. Aynès, P. Stoffel-Munck, *op.cit.*, p. 371, n° 764.

[1159] Cass.soc., 30 avril 1987, *Bull.civ.* V, n° 237 ; *RTD civ. 1988*, p. 531, obs. J. Mestre.

[1160] Cass. 3e civ., 16 octobre 1973, *Bull.civ.* III, n° 529 ; Cass. 3e civ., 29 juin 1976, *Rev. Loyers* 1976, p. 437 ; *RTD civ.* 1977, p. 340, obs. G. Cornu.

[1161] J. Mestre, « D'une obligation de bonne foi à un esprit de collaboration », *RTD civ.* 1986, p. 101.

[1162] B. Fages, *op.cit.*, p. 301, n° 558.

[1163] F. Terré, P. Simpler, Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, 11e ed., Dalloz, Paris, 2013, p. 492, n° 441.

l'exécution du contrat si des difficultés extérieures aux parties bouleversent l'équilibre contractuel[1164]. En effet pour que le contrat soit exécuté de bonne foi et, par conséquent, pour conserver l'équilibre des prestations, la partie devrait être disposée à en réviser le contenu, donc à renégocier.

L'obligation de coopérer suppose également un devoir d'assistance mutuelle[1165]. L'exemple le plus connu est le contrat de franchise dans lequel cette obligation constitue le complément de la transmission du savoir-faire[1166].

L'assistance n'est pas seulement matérielle, mais prend aussi la forme d'une obligation d'information, qui est à distinguer de l'obligation précontractuelle de renseignement[1167]. À titre d'exemple, l'article L. 113-4 du Code des assurances oblige l'assuré à tenir l'assureur au courant des événements qui se produisent pendant l'exécution du contrat, et l'article 1768 du Code civil exige du preneur d'un bien rural qu'il avertisse le propriétaire des usurpations commises sur le fonds.

Le devoir de coopération implique également l'obligation de faciliter l'exécution du contrat, comme c'est par exemple le cas de l'expéditeur qui doit faciliter le transport international en remettant aux entreprises de chemin de fer les pièces nécessaires pour la douane, ou celui du maître de l'ouvrage qui doit coopérer à la bonne exécution du contrat en obtenant les autorisations nécessaires et en renseignant l'entrepreneur sur les difficultés du marché[1168].

L'assistance qu'une partie peut procurer à son cocontractant se manifeste aussi en cas d'inexécution du contrat. Cette obligation « *impose de prendre toutes les mesures raisonnables pour limiter le préjudice qu'il subit du fait de l'inexécution partielle ou totale du contrat* »[1169]. Ainsi, les parties doivent faire face activement à l'inexécution du débiteur, et la

---

[1164] Cass.com., 3 novembre 1992, *Bull.civ.* IV, n° 338 ; *Defrénois* 1993, p. 1377, obs. J.-L. Aubert ; *JCP E* 1993.II.22164, note G. Virassamy.

[1165] C.A. Aix-en-Provence, 2 décembre 1983, *Bull. Aix* 1983, n° 138.

[1166] P. Le Tourneau, *Le franchisage*, Économica, Paris, 1994, p. 65.

[1167] F. Terré, P. Simpler, Y. Lequette, *op.cit.*, p. 447.

[1168] Cass. 1er civ., 11 mai 1966, *Bull.civ.* I, n° 281, p. 215.

[1169] B. Fages, *op.cit.*, p. 306, n° 566.

jurisprudence a retenu que l'acheteur doit agir dans les plus brefs délais et prendre toute initiative propre à pallier la défaillance de son vendeur[1170].

Enfin, l'obligation de cohérence se manifeste par le devoir des parties de ne pas se prévaloir de leur propre contradiction pour ne pas exécuter les obligations. Aussi, la cohérence peut se retrouver dans l'obligation de ne pas renoncer de manière tacite à l'exécution du contrat. La rupture abusive des contrats à exécution successive représente également une forme de manifestation de l'obligation de cohérence dans l'exécution de l'acte juridique[1171].

En premier lieu, le créancier d'une prérogative contractuelle sera privé du droit dont il tentait de se prévaloir si son comportement contredit son attitude antérieure et surprend ainsi l'autre partie. La clause résolutoire est l'exemple le plus marquant.

Elle est définie comme « *la convention selon laquelle le contrat sera résolu de plein droit en cas d'inexécution d'une de ses obligations* »[1172]. Ainsi, la clause s'impose aux juges et « *la sanction prévue par la clause résolutoire doit être appliquée même si le débiteur qui n'exécute pas son obligation est de bonne foi. Quelle que soit sa bonne volonté, il n'a pas respecté les obligations contractuelles, ce qui suffit à entraîner la résolution du contrat* »[1173].

Toutefois, la demande du créancier peut être refusée par les juges lorsque celui-ci est de mauvaise foi, autrement dit lorsqu'il a agi avec une intention malveillante. Par ailleurs, la clause pénale[1174] peut ne pas s'imposer aux juges s'ils estiment que le créancier est de mauvaise foi[1175].

La doctrine a théorisé les rapports du débiteur-créancier ainsi : dans un premier temps, « *le créancier ne se prévaut pas d'une prérogative contractuelle à l'encontre de son débiteur, ceci durant une longue période durant laquelle il lui manifeste sa sympathie ou poursuit ses relations commerciales avec lui, conduisant le débiteur à penser qu'il ne l'invoque pas* »[1176] ;

[1170] M. Alter, *L'obligation de délivrance dans la vente de meubles corporels*, thèse, LGDJ, Paris, 1972, n° 223.

[1171] D. Houtcieff, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, thèse, t. II, PUAM, Aix-en-Provence, 2001, p. 681.

[1172] C. Paulin, *La clause résolutoire,* thèse, LGDJ, Paris, 1996, n° 8.

[1173] *Ibidem*, n° 80.

[1174] P. Godé, *Volonté et manifestations tacites*, PUF, Paris, 1977, p. 104.

[1175] C.A. Poitiers, 26 juin 1991, *JurisData* n° 91-050231.

[1176] D. Houtcieff, *op.cit*., p. 686, n° 880.

et dans un second temps, « *le créancier prend le parti inverse et réclame brusquement, sans qu'aucun motif légitime ait pu le laisser prévoir, l'avantage dont il s'était jusqu'alors désintéressé causant ainsi un préjudice au débiteur* »[1177]. Par conséquent, le comportement du créancier est contradictoire, ce qui est sanctionné sur le fondement de l'exigence de bonne foi.

En deuxième lieu, la cohérence peut se manifester sous l'obligation de ne pas renoncer tacitement à l'exécution. Ainsi, la renonciation « *est en principe un acte juridique unilatéral, dont les effets sont ainsi subordonnés à l'existence d'une volonté, ne serait-elle pas expresse* »[1178].

En suivant le modèle de la clause résolutoire, la renonciation tacite est sanctionnable si le créancier, par son comportement, déstabilise l'exécution du contrat. L'élément incohérent —et donc la mauvais foi— n'est pas la passivité dans l'exercice des droits du créancier, mais son « *retournement soudain* »[1179].

Aussi, l'invocation soudaine de la clause de renonciation tacite cause un préjudice en trahissant directement la confiance de l'autre partie.

En dernier lieu, la rupture abusive des contrats à exécution successive est analysée par la doctrine comme un comportement contraire au principe de cohérence, et ceci de deux points de vue[1180]. D'un côté, l'obligation de cohérence est perçue comme une limite à la rupture des contrats à durée indéterminée. Ainsi, le contractant qui « *résilie unilatéralement le contrat ou qui refuse la reconduction sans motif légitime trompe la confiance que pouvait avoir son cocontractant dans la stabilité du rapport contractuel ; il porte préjudice à son partenaire qui pouvait normalement compter sur un comportement loyal de sa part* »[1181].

[1177] *Ibidem.*

[1178] *Ibid.*, p. 750, n° 989.

[1179] *Ibid.*, p. 778, n° 1032.

[1180] *Ibid.*, p. 794, n° 1055.

[1181] P. Simler, « L'article 1134 du Code civil et la résiliation unilatérale anticipée des contrats à durée indéterminée », *JCP* 1971.I.2413.

Contrairement à la vision classique où les parties étaient considérées comme des adversaires trouvés dans un rapport contractuel individualiste et égoïste, le droit positif les appréhende « *comme des partenaires unis par une perspective économique commune* »[1182].

Ainsi, de l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 20 janvier 1998[1183] la doctrine a déduit qu' « *au nom de cet altruisme contractuel, fruit de l'épanouissement de la notion de bonne foi dans le droit contemporain des contrats, les contractants sont ainsi soumis à un certain civisme qui se traduit par quelques devoirs au rang desquels on doit notamment mentionner l'exigence de cohérence* »[1184].

Autrement dit, les négociations qui sont durables et coûteuses engendrent dans l'esprit de chaque partie une confiance légitime dans la volonté ferme de conclure le contrat. Le devoir de cohérence dans les pourparlers interdit aux partenaires une rupture brusque et brutale. Toute occultation de vraies intentions, c'est-à-dire une incohérence fautive dans le comportement de l'une de partie, est donc source de responsabilité civile[1185].

D'un autre côté dans la pratique il y a des situations dans lesquelles un concédant oblige son concessionnaire à conclure des contrats de courtes durées. Pourtant, la durée ne correspond pas à la réalité économique et ainsi l'espoir d'un renouvellement est légitime[1186]. Si les contrats ne contiennent pas de clauses de tacite reconduction, la non-reconduction est discrétionnaire[1187]. Cependant, la Cour d'appel de Paris a considéré, en s'appuyant sur la notion de cohérence, que la décision de ne pas renouveler le contrat de concession devait être regardée comme abusive, car cette attitude était « *en contradiction avec le comportement qu'il*

[1182] D. Mazeaud, « Résiliation abusive d'une concession par le concédant qui ne laisse pas le temps suffisant au concessionnaire pour amortir les investissements qu'il a exigé de lui », *D.* 1999, p. 144.

[1183] Cass.com., 20 janvier 1998, n° 96-18.353, *Bull.ci. IV* 1998, n°40, p. 30.

[1184] D. Mazeaud, *loc.cit.*

[1185] A. Laude, *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, thèse, PUAM, Aix-en-Provence, 1992, p. 1992.

[1186] M.-E. Pancrazi-Tian, *La protection judiciaire du lien contractuel*, thèse, PUAM, Aix-en-Provence, 1996, p. 222, n° 261.

[1187] Cass.com., 9 janvier 1985, n° 83-15272, *Bull.* V ; *Gaz.Pal.* 1985.II.166.

[le concédant] avait manifesté à l'égard de son concessionnaire et qui avait déterminé celui-ci à s'engager dans des investissements importants au profit dudit concédant »[1188].

L'obligation de cohérence ne se limite pas seulement aux contrats présentés, mais vise toutes les conventions au cours de l'exécution desquelles la partie est surprise par l'attitude subite de l'autre partie de résilier brutalement le contrat. Ainsi, les contrats préparatoires tombent également sur l'incident de principe de la bonne foi. La suite de notre analyse se concentre sur l'application de la bonne foi lors de l'exécution des avant-contrats.

Sous-section 2. La bonne foi lors de l'exécution des avant-contrats

Pour faciliter le déroulement des pourparlers, les parties peuvent conclure des *contrats de négociation*[1189]. Ces contrats ou *avant-contrats* constituent des accords préparatoires et temporaires qui ont pour objet d'organiser la période des négociations et de préciser le contenu des obligations que les contractants acceptent de s'imposer pour parvenir plus sûrement à la conclusion du contrat.

Même s'il s'agit d'accords partiels ou d'accords de principe, les parties ont l'obligation de négocier et de poursuivre les négociations avec bonne foi. C'est l'obligation essentielle de ce type de contrats, mais elle n'est que de moyens, dans le sens où elle n'oblige pas à conclure le contrat projeté. Elle a pour rôle d'imposer aux parties une attitude active et constructive dans les négociations.

Les travaux préparatoires du Code civil français de 1804 indiquaient précisément que les conventions « *doivent être contractées et exécutées de bonne foi* »[1190]. Pourtant, la rédaction finale du Code ne fait référence, à l'article 1134 alinéa 3[1191], qu'à l'exécution de bonne foi.

[1188] C.A. Paris, 8 décembre 1978, *Rev.jurisp.com.* 1980.179, note P. Le Tourneau.

[1189] P. Jourdan, « Rapport français », *in* Travaux de l'Association Henri Capitant, *La bonne foi*, t. XLIII, Litec, Paris, 1994, p. 128.

[1190] P.A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XIII, Videcoq, Paris, 1836, p. 8.

[1191] L'art. 1134, al.3 du C.civ.fr. : « *Elles [les conventions] doivent être exécutées de bonne foi* ».

Toutefois, les projets de réforme français incluent la bonne foi parmi les principes généraux qui s'imposent aux parties pendant la phase de la formation du contrat. Ainsi, le projet d'ordonnance de la Chancellerie de mars 2015 dispose à l'article 1103 que « *les contrats doivent être formés et exécutés de bonne foi* » ; l'article 5 du projet Terré dispose que « *les contrats se forment et s'exécutent de bonne foi ; les parties ne peuvent exclure ni limiter ce devoir* ». L'article 1104-1 de l'avant-projet Catala prévoit que les parties ont la possibilité de conclure un accord de principe par lequel elles s'engagent à négocier un contrat dont les éléments sont à déterminer, « *et à concourir de bonne foi à leur détermination* ». Ainsi, la bonne foi guide les parties lors de la négociation et préside également les conventions « *qui jalonnent et encadrent les pourparlers* »[1192].

Dans les projets de codification et de la législation européenne et internationale, le principe de bonne foi fait bonne figure. Ainsi, le Projet de droit commun européen de la vente[1193], les Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international[1194], l'Acquis Communautaire (ACQP)[1195], ainsi que les Principes du droit européen du contrat[1196] reconnaissent la généralité du principe de bonne foi. Les Principes directeurs de l'Association Henri Capitant et de la Société de Législation Comparée proposent d'ailleurs à l'article 0-301 un devoir général de bonne foi (« *general duty* ») et de loyauté (« *fair dealing* »)[1197].

[1192] P. Delebecque, D. Mazeaud, « Formation du contrat (art. 1104 à 1107) », *in* P. Catala (*dir.*), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, La documentation française, Paris, 2006, p. 29.

[1193] L'art. 2 du DCEV : « *Il incombe à chaque partie d'agir conformément au principe de bonne foi et de loyauté. La violation de la présente obligation peut empêcher la partie défaillante d'exercer ou d'invoquer un droit, un moyen d'action ou de défense dont elle disposerait autrement, ou peut engager sa responsabilité pour tout préjudice causé de ce fait à l'autre partie. Les parties ne peuvent exclure l'application du présent article ni déroger à ses effets ou les modifier* ».

[1194] L'art. 1.7 des Principes UNIDROIT : « *Les parties sont tenues de se conformer aux exigences de la bonne foi dans le commerce international. Elles ne peuvent exclure cette obligation ni en limiter la portée* ».

[1195] L'art. 2 : 101 de l'ACQP : « *Dans les affaires précontractuelles, les parties doivent agir en accord avec la bonne foi* ».

[1196] L'art. 1 : 201 du PECL : « *Chaque partie est tenue d'agir conformément aux exigences de la bonne foi. Les parties ne peuvent exclure ce devoir ni le limiter* ».

[1197] L'art. 0-301 des Principes directeurs : « *Chaque partie est tenue d'agir en conformité avec les exigences de la bonne foi et de la loyauté, depuis la négociation du contrat jusqu'à la réalisation de l'ensemble de ses effets. Les parties ne peuvent exclure ce devoir, ni le limiter* ».

La doctrine a distingué une double application du principe de la bonne foi dans la phase préparatoire à la formation du contrat[1198].

D'abord, la bonne foi trouve des applications en matière de pactes de préférence. Pour rappel, le pacte de préférence désigne la convention par laquelle le promettant s'engage à proposer à un bénéficiaire la priorité s'il venait à décider de la conclusion d'un contrat déterminé.

La Cour de cassation a affirmé en 2006 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* »[1199].

Toutefois, pour que la substitution soit prononcée, il faut que le bénéficiaire du pacte fasse la preuve de la mauvaise foi du tiers-acquéreur. Le succès de l'action est subordonné à une double condition. Premièrement, le tiers doit avoir eu connaissance de l'existence du pacte de préférence et, deuxièmement, il doit avoir eu connaissance de l'intention du bénéficiaire du pacte de se prévaloir de son droit.

Il résulte de ces deux conditions que la mauvaise foi s'assimile à un état d'esprit, le tiers étant conscient de l'existence du pacte et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir. Ainsi, la bonne foi se rapproche de la certitude, de la conviction et non de la concordance du comportement à une norme[1200].

Ensuite, la bonne foi s'applique en matière de condition suspensive ou de condition résolutoire. En effet, il est possible que l'existence d'une obligation soit soumise à la survenance d'une condition. Cette condition peut être soit suspensive, lorsqu'elle conditionne la naissance de l'obligation à la survenance d'un évènement futur et incertain, soit résolutoire, lorsque l'évènement futur et incertain entraîne la disparition de l'obligation.

[1198] S. Tisseyre, *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats. Essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen*, thèse, PUAM, Aix-en-Provence, 2012, p. 55, n° 31.

[1199] Cass.ch.mixte, 26 mai 2006, *GAJC*, t. II, n° 258 ; *D.* 2006, p. 1861, note D. Mainguy, P.-Y. Gautier ; *D.* 2006, p. 2638, obs. S. Amrani-Mekki, B. Fauvarque-Cosson.

[1200] S. Tisseyre, *op.cit.*, p. 57, n° 34.

L'article 1178 du Code civil français prévoit que « *la condition suspensive est réputée accomplie lorsque c'est le débiteur, obligé sous cette condition, qui en a empêché l'accomplissement* ». Le texte de cet article instaure implicitement une obligation de loyauté. Ainsi, il peut arriver qu'une des parties, par son action volontaire et déloyale, empêche la condition de se réaliser pour échapper à son obligation[1201]. Par conséquent, une obligation de loyauté s'impose au débiteur, laquelle se matérialise par une attitude active de favoriser la réalisation de la condition.

Les effets de la bonne foi s'étendent aussi aux conditions résolutoires. En effet, la bonne foi oblige d'une part le débiteur à ne pas provoquer par sa faute la réalisation de la condition résolutoire[1202], et d'autre part le créancier à ne pas empêcher la réalisation de cette condition.

En conclusion, la bonne foi impose un comportement de *bonus pater familias* aux parties lorsqu'elles ont conditionné la naissance ou l'extinction rétroactive de leur obligation à la survenance d'un aléa.

[1201] F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, 11e éd., Dalloz, Paris, 2013, p. 1168, n° 1227.

[1202] Cass. 3e civ., 28 mai 1970, *Bull.civ.* III, n° 364

TITRE DEUXIÈME Les avant-contrats origine de la responsabilité civile précontractuelle de nature contractuelle

L'avant-contrat « *est un contrat préparatoire à la conclusion d'un autre contrat* »[1203]. C'est un contrat indépendant par rapport au contrat principal qui crée des obligations différentes de celles qui naîtront du contrat définitif. Les obligations de l'avant-contrat ont un caractère provisoire et elles sont obligatoires[1204].

La doctrine française a distingué et classé les avant-contrats en trois catégories[1205]. La première catégorie est celle des avant-contrats qui comprennent tous les éléments essentiels du contrat prévu, sans que le contrat définitif puisse toutefois être conclu, pour diverses raisons. Les promesses de contracter sont rangées dans cette catégorie.

La deuxième catégorie regroupe les avant-contrats qui contiennent pour partie les éléments essentiels du contrat définitif. C'est le cas du contrat-cadre qui détermine les principales règles auxquelles les relations ultérieures[1206] des parties seront soumises.

La troisième catégorie est intermédiaire entre les deux premières formes mentionnées. Cette catégorie regroupe un très grand nombre d'avant-contrats que nous avons classés en deux sous-catégories : les accords de négociations et les accords intermédiaires.

Compte tenu de la classification des avant-contrats, notre titre est divisé en trois chapitres. Tout d'abord nous allons analyser les promesses de contracter (Chapitre I), puis la notion et le régime du contrat-cadre (Chapitre II), et enfin exposer les autres variétés d'avant-contrats (Chapitre III).

[1203] M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations. 1- Contrat et engagement unilatéral*, 3e éd., PUF, Paris, 2012, p. 236.

[1204] P. Malaurie, L. Aynès, P. Stoffel-Munck, *Droit civil. Les obligations*, 6e éd., LGDJ, Paris, 2013, p. 221, n° 442

[1205] P. Delebecque, F.-J. Pansier, *Droit des obligations. Contrat et quasi-contrat*, 6e éd., LexisNexis, Paris, 2013, p. 56, n° 86 ; P. Malaurie, L. Aynès, P. Stoffel-Munck, *op.cit.*, p. 221, n° 442.

[1206] Appelées souvent « contrats d'exécution » : P. Malaurie, L. Aynès, P. Stoffel-Munck, *op.cit.*, p. 222, n° 442.

Ce que nous proposons de démontrer dans ces chapitres est, dans un premier temps, la qualification de chaque avant-contrat et de l'obligation qu'il crée et, dans un second temps, la sanction qui s'applique en cas d'inexécution de l'obligation prévue dans les contrats préparatoires.

CHAPITRE PREMIER Les promesses de contracter

Les promesses de contracter sont des contrats préparatoires qui précèdent la conclusion du contrat et qui ne sont conçues que dans l'objectif de contracter ultérieurement. Elles trouvent une utilité dans les hypothèses où les parties ont fixé les éléments essentiels du contrat mais lorsqu'il ne leur paraît pas opportun de le conclure, ou s'il y a un empêchement dans la conclusion définitive du contrat.

Généralement, c'est lorsque l'un des contractants veut s'assurer de l'opportunité de l'opération envisagée que son partenaire lui consent une option qui, une fois levée, emportera la formation du contrat final. L'accord des parties prendra alors la forme d'une promesse unilatérale. Par ailleurs, si les parties veulent s'engager dans un contrat dont la conclusion n'est pas immédiatement possible, elles concluront une promesse synallagmatique de contracter. Il existe donc deux types de promesses de contracter qui ont pour objet la conclusion d'un contrat futur : la promesse unilatérale de contracter et la promesse synallagmatique de contracter.

Les promesses les plus fréquentes sont les promesses de vente, « *qui ont pour objet d'engager l'une ou l'autre des parties dans l'attente d'un élément nécessaire à la réalisation de la vente* »[1207]. Pour des raisons pragmatiques, c'est-à-dire donner une orientation plus pratique à notre analyse, les promesses de contracter prendra pour référence la promesse de vente.

Nous allons développer ensuite l'étude de ces deux promesses de contracter en présentant dans la première section la promesse unilatérale de contracter (Section 1) et, dans la seconde section, la promesse synallagmatique de contracter (Section 2).

Section 1. La promesse unilatérale de contracter

Le critère de distinction entre les deux promesses est le droit d'option. Ainsi, en cas de promesse unilatérale, seul le promettant est engagé à conclure le contrat définitif. En revanche,

---

[1207] M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations. 1- Contrat et engagement unilatéral*, 3e éd., PUF, Paris, 2012, p. 240.

le bénéficiaire de la promesse n'a aucune obligation, il n'est que titulaire d'une option de conclure ou non le contrat. Dans l'hypothèse de la promesse synallagmatique, les parties ont simultanément la qualité de promettant et de bénéficiaire et, en conséquence, le droit d'option ne se retrouve plus dans cet accord de volontés.

Après avoir considéré la notion de promesse unilatérale de contracter (Sous-section 1), nous nous intéresserons à son régime (Sous-section 2).

Sous-section 1. La notion de promesse unilatérale de contracter

Afin de déterminer les caractères de la promesse unilatérale de contracter (§2), nous partirons de la définition de la promesse unilatérale de contracter (§1).

§1. Définition de la promesse unilatérale de contracter

La notion de *promesse unilatérale de contracter* – ou *de contrat* – caractérise l'« *accord de volonté par lequel une personne s'engage immédiatement envers une autre à passer avec elle un certain contrat à des conditions déterminées, le bénéficiaire de cet engagement – investi d'un droit d'option, pendant un délai donné – restant libre de ne pas conclure le contrat envisagé [en laissant passer le délai] ou de le conclure en "levant" l'option dans le délai* »[1208].

Autrement dit, « *le bénéficiaire de la promesse prend acte de l'engagement du promettant, mais ne promet pas de conclure le contrat définitif. Il dispose d'une option qui lui laisse dans l'avenir la liberté de donner ou non son consentement à celui-ci* »[1209].

Les projets de réforme français, dans leur démarche d'harmonisation du droit français avec les autres droits européens et de codification de la jurisprudence, règlementent la notion de promesse unilatérale de contracter. Ainsi, l'article 1106, alinéa 1er de l'avant-projet Catala dispose que « *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*

[1208] G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 10e éd., PUF, Paris, 2014, p. 816.

[1209] F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, 11e éd., Dalloz, Paris, 2013, p. 2088, n° 191.

d'un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés, mais pour la formation duquel fait seulement défaut le consentement du bénéficiaire ». Dans le même esprit, l'article 28 du projet Terré prévoit que « *la promesse unilatérale est le contrat par lequel une partie s'engage envers une autre, bénéficiaire, à conclure, dans un délai convenu et raisonnable, un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés, et pour la formation duquel seul le consentement du bénéficiaire fait défaut* ». Également, l'article 1124 du projet d'ordonnance de la Chancellerie de mars 2015 définit la promesse unilatérale comme « *le contrat par lequel une partie, le promettant, consent à l'autre, le bénéficiaire, le droit, pendant un certain temps, d'opter pour la conclusion d'un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés, et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire* ».

L'utilisation de la promesse unilatérale dans le processus de conclusion du contrat définitif présente plusieurs avantages. Premièrement, il n'engage que le promettant, le bénéficiaire pouvant l'accepter sans être obligé de conclure le contrat définitif. Deuxièmement, puisque la promesse unilatérale n'a pas pour effet de transférer la propriété du bien sur lequel elle porte, le promettant retrouve le droit de conclure le contrat avec un tiers dès lors que le bénéficiaire n'a pas levé l'option dans le délai convenu. Troisièmement, les parties peuvent aménager aisément la cessibilité d'une telle promesse.

Jusqu'à l'apparition du nouveau Code civil roumain, la promesse unilatérale de contracter n'était pas réglementée et était associée par la doctrine à la promesse unilatérale de vente. Ainsi, les auteurs roumains l'ont définie comme « *le contrat par lequel une personne, appelée promettant, s'oblige à l'égard d'une autre personne, appelée bénéficiaire, à lui vendre un certain bien à un prix déterminé, si celui-ci se décide dans un certain délai [déterminé ou indéterminé] à l'acheter* »[1210].

La promesse unilatérale de contracter, reconnue par la doctrine et la jurisprudence roumaines, a été codifiée expressément dans le nouveau Code civil à l'article 1327[1211]. Les auteurs de la réforme du Code civil restent fidèles à la tradition juridique roumaine. Cela signifie que la promesse unilatérale donne naissance à une obligation de faire à la charge du

---

[1210] D. Chirica, « Promisiunea unilaterla de a vinde si de a cumpara », *Revista de drept comercial* 9/1999, p. 36, n° 2.

[1211] L'art. 1327 du n.C.civ.ro. : « *(1) La promesse unilatérale, que l'acceptation intervienne ou pas, faite avec l'intention de s'obliger, lie uniquement son auteur. (2) Le destinataire de l'acte peut refuser le droit ainsi né. (3) Si l'auteur de l'acte n'a pas expressément fixé un délai, la promesse est réputée être faite pour une durée déterminée, selon la nature de l'obligation et les circonstances de l'engagement* ».

promettant, une autre manifestation de volonté étant nécessaire pour la formation du contrat définitif[1212].

Ainsi, la conclusion du contrat, suite à une promesse unilatérale, est divisée en deux étapes caractérisées par deux types de volontés. Dans un premier temps, il y a la volonté de conclure la promesse unilatérale et, dans un second temps, celle de conclure le contrat définitif.

Le droit français se distingue de cette opinion. Ainsi, le consentement définitif du promettant est formé au moment de la conclusion de la promesse unilatérale et seule la levée de l'option par le bénéficiaire est nécessaire pour que le contrat soit conclu.

Nous partageons la qualification française de la promesse unilatérale de contracter car la conception roumaine de la promesse unilatérale se confond avec le pacte d'option (le pacte de préférence) qui est prévu distinctement à l'article 1278 du nouveau Code civil roumain.

En général, les promesses unilatérales de contracter peuvent porter sur tout type de contrat, mais l'hypothèse la plus fréquente est celle de la vente. C'est pour cela qu'elle est prise comme étalon dans l'analyse de la promesse unilatérale de contracter. Ainsi, le promettant, propriétaire d'un bien, promet à une autre personne, le bénéficiaire, de lui vendre le bien. Le bénéficiaire dispose de l'option d'acheter ou de renoncer à l'achat pendant un certain délai explicite ou implicite. La promesse unilatérale de vente sera une référence également dans le développement de notre étude.

§2. Les caractères de la promesse unilatérale de contracter

La promesse unilatérale de vente présente trois caractères : contractuel, unilatéral et gratuit ou onéreux[1213].

D'abord, la promesse unilatérale est un contrat qui contient l'acceptation par le bénéficiaire de l'engagement du promettant[1214]. En cela, la promesse unilatérale se distingue

---

[1212] I. Ionescu, *op.cit.*, p. 103, n° 116.

[1213] O. Barret, « Promesse de vente », *RDI* janvier 2011, n° 9.

[1214] Cass. 3e civ., 8 mai 1969, *JCP* 1969.II.16006, note P.L. ; Cass. 3e civ., 12 juillet 1976, *D.* 1976.657, note Poulnais.

de l'offre de contracter : « *alors que l'offre est une manifestation unilatérale de volonté, la promesse est une convention, parfaite en soi, supposant un accord de volontés* »[1215].

Le bénéficiaire d'une promesse a donc une position plus solide que celle du destinataire d'une offre. Ainsi, alors que l'offre est révocable en principe, la promesse unilatérale de contracter reflète l'engagement immédiat et définitif de conclure le contrat[1216]. De même, si le décès ou l'incapacité du pollicitant rendent l'offre caduque, le caractère contractuel de la promesse unilatérale implique que ces deux événements n'ont pas d'effet sur la promesse, les héritiers ou le représentant du promettant ayant l'obligation d'exécuter l'engagement[1217].

Ensuite, la promesse unilatérale de contracter a un caractère unilatéral, de sorte que si le promettant s'engage à conclure le contrat, le bénéficiaire de la promesse n'est pas réciproquement obligé à conclure. En pratique, il arrive souvent que ce caractère soit mis en cause dans l'hypothèse d'une *indemnité d'immobilisation*. Tant que l'indemnité ne contraint pas *de facto* le bénéficiaire à conclure le contrat, l'engagement du promettant conserve un caractère unilatéral. *A contrario*, l'obligation de verser l'indemnité d'immobilisation confère à la promesse la nature d'un engagement synallagmatique[1218].

Enfin, la promesse unilatérale de contracter peut avoir un caractère gratuit ou onéreux. Ainsi, dans le cas des contrats à titre gratuit, le promettant entend procurer un avantage au bénéficiaire sans rien recevoir en échange. Dans l'hypothèse des contrats à titre onéreux, le promettant entend acquérir de la part du bénéficiaire de la promesse un avantage considéré par lui comme équivalent à sa prestation. Par exemple, chaque fois qu'une promesse unilatérale de vente prévoit une contrepartie au droit d'option, elle présente un caractère onéreux.

[1215] F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, 11e éd., Dalloz, Paris, 2013, p. 209, n° 192.

[1216] Cass. 3e civ., 15 septembre 1993, *JCP* 1995.II.223666, note D. Mazeaud ; *D.* 1994.507, note F. Bénac-Schmidt ; *RTD.civ.* 1994.588, obs. J. Mestre.

[1217] Cass. 3e civ., 8 septembre 2010, *JCP* 2010.1051, note G. Pillet, *Defrénois* 2010.2123, note L. Aynès ; *RTD civ.* 2010.778, obs. B. Fages ; *RDC* 2011.57, note T. Genicon.

[1218] Cass. 3e civ., 10 décembre 1986, *JCP N* 1987.II.224, note Paisant.

En droit roumain, même avant la réforme du Code civil de 2011, la promesse unilatérale de vente était considérée comme un contrat[1219] qui se distingue de l'offre, de la promesse synallagmatique de vente et du contrat de vente[1220].

Reconnaître la qualité de contrat, à la promesse unilatérale, lui confère la force obligatoire du contrat. Ainsi, les parties ont la possibilité de demander l'exécution en nature de leur créance, et donc la conclusion du contrat définitif[1221].

Pourtant, c'est un paradoxe parce que l'article 1528 relatif à l'exécution forcée de l'obligation de faire du nouveau Code civil roumain dispose que « *en cas d'inexécution d'une obligation de faire, le créancier peut, aux frais du débiteur, exécuter lui-même ou faire exécuter l'obligation* ». Donc, à la lumière de cette règle impérative, pour que l'exécution en nature de la promesse unilatérale soit possible, l'obligation qui donne naissance est une obligation de donner.

Sous-section 2. Le régime juridique de la promesse unilatérale de contracter

Dans une première partie nous nous attarderons sur la présentation des conditions de validité de la promesse unilatérale (§1), puis nous analyserons ses effets (§2).

§1. Les conditions de validité de la promesse unilatérale de contracter

Ayant un caractère contractuel, la promesse unilatérale se soumet aux règles prévues respectivement aux articles 1108 du Code civil français[1222] et 1179 du nouveau Code civil

---

[1219] M.B. Cantacuzino, *Elementele dreptului civil*, Ed. Cartea Romaneasca, Bucarest, 1921, p. 639 ; D. Alexandresco, *Explicatiunea teoretica si practica a dreptului civil roman*, vol. III, 2ème part., ed. Socec, Bucarest, 1925, p. 43-44 ; C. Hamangiu, I. Rosetti-Balanescu, A. Baicoianu, *Tratat de drept civil roman*, vol. II, Ed. All, Bucarest, 1997, p. 494 ; D. Chirica, « Promisiunea unilaterala de a vinde si de a cumpara », *Revista de drept comercial* 9/1999, p. 37, n° 3.

[1220] D. Chirica, *loc.cit.*, p. 38, n° 4 ; I. Ionescu, *op.cit.*, p. 120 et s.

[1221] I. Ionescu, *op.cit.*, p. 140, n° 129.

roumain[1223] (a). Dans le cas d'une promesse unilatérale de vente où le promettant prend immédiatement l'engagement de conclure le contrat de vente, la promesse doit comporter les éléments constitutifs du contrat projeté, tels qu'ils ressortent de l'article 1583 du Code civil[1224] (b).

a. Les conditions de fond relatives à la promesse unilatérale de contracter

En ce qui concerne les règles de fond, le promettant étant engagé dès la conclusion de la promesse unilatérale, c'est à ce moment que l'existence et l'intégrité du consentement ainsi que la capacité de conclure la promesse s'apprécient[1225]. « *En revanche, la capacité du bénéficiaire à conclure le contrat définitif ainsi que l'existence et l'intégrité de son consentement s'apprécient au jour de la levée de l'option* »[1226].

Toutefois, une remarque doit être faite. La doctrine fait la différence entre l'acceptation de la promesse en tant que telle et la levée de l'option[1227]. Plus précisément, l'acceptation de la promesse a pour but de former le contrat préparatoire en engageant le promettant et en donnant également au bénéficiaire le droit d'option. La levée de l'option, en revanche, emporte la formation du contrat définitif. La distinction a une importance sur l'obligation fiscale d'enregistrement de la promesse posée par l'article 1582-2 du Code civil[1228] ainsi que pour la

---

[1222] L'art.1108 du C.civ.fr. : « *Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention : le consentement de la partie qui s'oblige ; sa capacité de contracter ; un objet certain qui forme la matière de l'engagement ; une cause licite dans l'obligation* ».

[1223] L'art. 1179 du n.C.civ.ro. : « *(1) Les conditions essentielles pour la validité du contrat sont : la capacité de contracter ; le consentement des parties ; un objet déterminé et licite ; une cause licite et morale. (2) Dans la mesure où la loi prévoit une certain forme pour un contrat, celle-ci doit être respectée, sous peine d'application de la sanction prévue par les dispositions légales* ».

[1224] L'art. 1583 du C.civ.fr. : « *Elle* (la vente) *est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé* ».

[1225] Cass. 3e civ., 30 novembre 1971, *JCP* 1972.II.17018 ; Cass. 3e civ., 7 janvier 1982, *Gaz.Pal.* 1982.1. *Pan.jur.*184 ; *RTD civ.* 1982.600, obs. C. Chabas.

[1226] F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *op.cit.*, p. 212, n° 193.

[1227] O. Barret, *loc.cit.*, n° 10.

[1228] L'art.1589-2 du C.civ.fr. : « *Est nulle et de nul effet toute promesse unilatérale de vente afférente à un immeuble, à un droit immobilier, à un fonds de commerce, à un droit à un bail portant sur tout ou partie d'un immeuble ou aux titres des sociétés visées aux articles 728 et 1655 ter du code général des impôts, si elle n'est*

détermination du moment à partir duquel le transfert de la propriété du bien peut se réaliser. Donc, l'acceptation du bénéficiaire porte sur la promesse en tant que telle et la promesse ne se formera qu'en cas de levée de l'option.

Même si les parties à la promesse doivent avoir la capacité de contracter, le promettant doit avoir, de plus, la capacité de disposer car, par la promesse, il s'oblige à transmettre la propriété si le bénéficiaire lève l'option. En revanche, le bénéficiaire ne doit pas avoir la capacité d'acheter, puisqu'il ne s'oblige pas à acquérir le bien.

La troisième condition pour la validité d'une convention prévue à l'article 1108 du Code civil français, après le consentement et la capacité, est l'objet certain de l'engagement. Ainsi, comme tout bien sur lequel porte un contrat, ce qui forme l'objet de la promesse unilatérale doit être « *dans le commerce* »[1229].

L'objet d'une promesse unilatérale peut porter également sur des biens futurs, à l'exception de ceux inclus dans une succession qui n'a pas été ouverte[1230]. Également, lorsque la promesse unilatérale porte sur un bien déterminé et que celui-ci est compris dans une opération de lotissement et est soumis à un permis d'aménager, le bien ne peut faire l'objet de la promesse qu'après la délivrance au promettant dudit permis d'aménager[1231].

Selon la jurisprudence récente de la Cour de cassation française, la promesse unilatérale de vente conclue ou prorogée par un seul coïndivisaire est valable pour la portion indivise appartenant au promettant[1232]. Pourtant, une partie de la doctrine affirme qu'en

---

pas constatée par un acte authentique ou par un acte sous seing privé enregistré dans le délai de dix jours à compter de la date de son acceptation par le bénéficiaire. Il en est de même de toute cession portant sur lesdites promesses qui n'a pas fait l'objet d'un acte authentique ou d'un acte sous seing privé enregistré dans les dix jours de sa date ».

[1229] L'art.1128 du C.civ.fr. : « *Il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions* ».

[1230] L'art. 1130 du C.civ.fr. : « *Les choses futures peuvent être l'objet d'une obligation. On ne peut cependant renoncer à une succession non ouverte, ni faire aucune stipulation sur une pareille succession, même avec le consentement de celui de la succession duquel il s'agit, que dans les conditions prévues par la loi* ».

[1231] L'art. L. 442-8, al. 1er du C. de l'urbanisme : « *A compter de la délivrance du permis d'aménager, le lotisseur peut consentir une promesse unilatérale de vente indiquant la consistance du lot réservé, sa délimitation, son prix et son délai de livraison. La promesse ne devient définitive qu'au terme d'un délai de sept jours pendant lequel l'acquéreur a la faculté de se rétracter* ».

[1232] Cass. 3e civ., 21 juin 1995, n° 93-17.552, *Bull.civ.* III, n° 154 ; *D.* 1995.IR.188 ; *RDI* 1995.715, obs. J.-L. Bergel.

imposant « *cette solution [...], la convention n'est pas valable pour la part indivise de l'indivisaire qui y a consenti*[1233] »[1234]. D'ailleurs, il lui a été opposé qu'elle est en désaccord avec « *les exigences de l'article 815-14 du code civil*[1235] *qui oblige l'indivisaire qui entend céder tout ou partie de ses droits dans des biens indivis à un tiers, à notifier son projet aux autres coïndivisaires pour leur permettre d'exercer leur droit de préemption* »[1236].

En revanche, le même auteur soutient qu'il serait mieux de considérer que la promesse de vente conclue sans l'accord de tous les coïndivisaires est nulle ou, à tout le moins, qu'elle est inopposable aux indivisaires qui n'y ont pas consenti. Cette solution suspend ainsi l'efficacité de la promesse au résultat du partage[1237].

Puisque la promesse unilatérale de contracter a vocation à valoir contrat par la levée de l'option, si le contrat prévu est à titre onéreux, elle doit comporter l'indication du prix de la chose promise[1238]. L'indication du prix représente un autre critère qui permet de différencier la promesse du pacte de préférence. En effet, la validité du pacte de préférence ne requiert pas l'indication du prix et l'indétermination ne représente pas une cause de nullité du pacte[1239].

[1233] Cass. 3e civ., 25 juin 1975, *Bull. civ.* III, n° 222 ; *D.* 1915.*IR*.210 ; *RTD civ.* 1976.371, obs. C. Giverdon.

[1234] J.-L. Bergel, « La promesse de vente d'un immeuble indivis faite par un seul des indivisaires est valable pour la portion indivise qui lui appartient », *RDI* 1995, p. 715.

[1235] L'art. 815-14 du C.civ.fr. : « *(1) L'indivisaire qui entend céder, à titre onéreux, à une personne étrangère à l'indivision, tout ou partie de ses droits dans les biens indivis ou dans un ou plusieurs de ces biens est tenu de notifier par acte extrajudiciaire aux autres indivisaires le prix et les conditions de la cession projetée ainsi que les noms, domicile et profession de la personne qui se propose d'acquérir. (2) Tout indivisaire peut, dans le délai d'un mois qui suit cette notification, faire connaître au cédant, par acte extrajudiciaire, qu'il exerce un droit de préemption aux prix et conditions qui lui ont été notifiés. (3) En cas de préemption, celui qui l'exerce dispose pour la réalisation de l'acte de vente d'un délai de deux mois à compter de la date d'envoi de sa réponse au vendeur. Passé ce délai, sa déclaration de préemption est nulle de plein droit, quinze jours après une mise en demeure restée sans effet, et sans préjudice des dommages-intérêts qui peuvent lui être demandés par le vendeur. (3) Si plusieurs indivisaires exercent leur droit de préemption, ils sont réputés, sauf convention contraire, acquérir ensemble la portion mise en vente en proportion de leur part respective dans l'indivision.*

Lorsque des délais de paiement ont été consentis par le cédant, l'article 828 est applicable ».

[1236] J.-L. Bergel, *loc.cit.*, p. 175.

[1237] *Ibidem*.

[1238] Cass.civ., 26 octobre 1948, *Gaz.Pal.* 1949.I.5 ; Cass. 1er civ., 8 mars 1954, *Bull.civ.* I, n° 87.

[1239] *Infra*, p. 400 et s.

Au sujet des conditions relatives au prix, il s'agit de celles qui correspondent en général à la licéité et à la détermination. *Mutatis mutandis*, le prix de la promesse unilatérale de vente doit : être déterminé uniquement par les parties ou par une personne désignée par elles, être connu par la seule référence aux stipulations de la promesse lors de la levée de l'option et ne pas être abandonné à la volonté discrétionnaire d'une partie, respecter les règles du droit de la concurrence et de l'ordre public monétaire.

La dernière condition prévue à l'article 1108 du Code civil français est l'existence d'une cause licite dans l'obligation. Par ailleurs, l'article 1131 du Code civil reprend la disposition de l'article 1108 en prévoyant « *l'obligation sans cause ou sur fausse cause ou sur une cause illicite ne peut avoir aucun effet* ».

Ainsi, la promesse unilatérale est valablement former si l'obligation qu'il doit engendrer a une cause et si cette cause est conforme aux exigences légales. Cela signifie que la condition d'une cause licite « *se dédouble : la cause doit exister, la cause doit être licite* »[1240].

À ces conditions générales, il existe en outre une condition propre à la promesse unilatérale. Plus précisément, une exigence relative au droit d'option du bénéficiaire du pacte. Ainsi, pour qu'il y ait promesse unilatérale de contracter, une option doit être donnée au bénéficiaire, qu'il lui suffira de lever pour conclure le contrat définitif. Le droit d'option est donc un élément constitutif, concourant de manière décisive à la qualification de la promesse.

Toutefois, la promesse n'est pas à perpétuité, elle a toujours une durée limitée, qu'elle soit prévue expressément par les parties ou non. En général, les parties restreignent la durée de lever l'option à un délai extinctif au-delà duquel la promesse devient caduque. Cependant, au cas où le droit d'option n'est pas enfermé dans un délai extinctif, la jurisprudence permet au promettant de révoquer très aisément son engagement. Ainsi, « *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, sauf à violer les articles 1101 et 1134 du Code civil* »[1241].

Cet arrêt fait de la promesse unilatérale de vente un avant-contrat à force juridique limitée. Plus précisément, c'est le consentement du promettant qui doit être maintenu pour former la vente et par son retrait la formation du contrat ne sera plus envisageable. Ainsi, la disparition ou l'absence de l'une des volontés des parties rend la conclusion du contrat

---

[1240] F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, 11e éd., Dalloz, Paris, 2013, p. 377, n° 311.

[1241] Cass. 3e civ., 11 mai 2011, n° 10-12.875¸ *Bull.civ.* III 2011, n° 77.

impossible. Donc, ce n'est « *plus la nature de l'engagement du promettant qui empêche l'exécution forcée en nature, c'est la structure même de la vente qui justifie la solution* »[1242]. La promesse unilatérale oblige en effet le promettant à transmettre la propriété, mais elle ne l'oblige pas tant que l'option n'a pas été levée[1243].

Toutefois, les projets de réforme du droit français[1244] disposent que la révocation de la promesse pendant le délai d'option n'empêche pas la conclusion du contrat définitif. En proposant comme sanction principale l'exécution forcée en nature, les projets d'harmonisation veulent renforcer la sécurité de la promesse unilatérale[1245].

Dans le cas où les parties ont limité le droit d'option à une certaine durée, pour la fixation de ce délai elles doivent tenir compte des contraintes de délai liées à la réunion des éléments nécessaires à la réalisation du contrat définitif. Par exemple, les parties doivent prendre en compte la durée d'obtention des autorisations administratives, du financement ou, lorsque la transaction relève de la réglementation du droit de crédit immobilier ou de crédit à la consommation, les parties sont obligées de prendre en considération les délais légaux d'obtention du prêt[1246].

[1242] F. Cohet-Cordey, « Promesse unilatérale de vente : la Cour de cassation maintient le cap », *AJDI* 2012, p. 55.

[1243] « *Dans une promesse de vente, l'obligation du promettant constitue une obligation de faire, tant que les bénéficiaire n'ont pas déclaré acquérir et la levée d'option postérieure à la rétractation du promettant, exclut toute rencontre des volontés* », Cass. 3e civ., 15 décembre 1993, n° 91-10199, *Bull.civ.* III 1993, n° 174, p. 115.

[1244] L'art. 1106, al. 2ème, de l'avant-projet Catala : « *La rétractation du promettant pendant le temps laissé au bénéficiaire pour exprimer son consentement ne peut empêcher la formation du contrat* » ; l'art. 29, al. 1er, du projet Terré : « *Sous réserve des dispositions ci-dessous, la révocation par le promettant pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis* » ; l'art. 1124, al. 2ème du projet d'ordonnace de la Chancellerie de mars 2015 : « *La révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis* ».

[1245] C. Aubert de Vincelles, « Le processus de conclusion du contrat », *in* F. Terré (*dir.*), *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, Paris, 2009, p. 141.

[1246] L'art. 312-12 du C.consom. : « *L'offre est toujours acceptée sous la condition résolutoire de la non-conclusion, dans un délai de quatre mois à compter de son acceptation, du contrat pour lequel le prêt est demandé. Les parties peuvent convenir d'un délai plus long que celui défini à l'alinéa précédent* » ; l'art. 312-16 du C.consom. : « *Lorsque l'acte mentionné à l'article L. 312-15 indique que le prix est payé, directement ou indirectement, même partiellement, à l'aide d'un ou plusieurs prêts régis par les sections 1 à 3 et la section 5 du présent chapitre, cet acte est conclu sous la condition suspensive de l'obtention du ou des prêts qui en assument le financement. La durée de validité de cette condition suspensive ne pourra être inférieure à un mois à compter de la date de la signature de l'acte ou, s'il s'agit d'un acte sous seing privé soumis à peine de nullité à la formalité*

Si le délai d'exercice du droit d'option n'est pas délimité, étant ainsi à durée indéterminée, le promettant est obligé de respecter une sorte de délai de préavis en mettant le bénéficiaire en demeure d'avoir à faire connaître son intention dans un délai raisonnable[1247]. Si le bénéficiaire garde toujours le silence, la promesse unilatérale est réputée caduque à l'expiration du délai raisonnable[1248].

D'une manière générale, après l'expiration du délai exprès ou implicite, la promesse est caduque. Mais, si le délai d'option a expiré sans que le bénéficiaire ait levé l'option et que le promettant accepte le paiement du prix par le même bénéficiaire, la jurisprudence a considéré que le promettant a renoncé à se prévaloir de la caducité de la promesse et, ainsi, il peut être contraint à passer la vente[1249]. Autrement, le bénéficiaire dispose d'un délai de cinq ans[1250].

La promesse unilatérale de contracter peut également être assortie d'un délai ou terme suspensif[1251]. Ainsi, la durée de la promesse unilatérale n'est pas sans influence, simplement le moment à partir duquel le bénéficiaire pourra lever l'option est retardé. À titre d'exemple, nous pouvons citer le cas d'un bailleur qui a promis de vendre l'immeuble loué à l'expiration du bail, moyennant un prix déterminé : l'exécution de cette promesse ne pourra être demandée avant la survenance du terme stipulé, soit avant la fin du bail. De même, les parties peuvent établir dans une promesse *post mortem* que la levée de l'option par le bénéficiaire ne pourra intervenir avant le décès du promettant.

---

de l'enregistrement, à compter de la date de l'enregistrement. Lorsque la condition suspensive prévue au premier alinéa du présent article n'est pas réalisée, toute somme versée d'avance par l'acquéreur à l'autre partie ou pour le compte de cette dernière est immédiatement et intégralement remboursable sans retenue ni indemnité à quelque titre que ce soit. A compter du quinzième jour suivant la demande de remboursement, cette somme est productive d'intérêts au taux légal majoré de moitié ».

[1247] Cass. 3e civ., 24 avril 1970, n° 68-10.536, *Bull.civ.* III, n° 278 ; *Defrénois* 1971, p. 1049, note J.-L. Aubert ; *RTD civ.* 1971, p. 133, obs. Y. Lousouarn.

[1248] R. Chaaban, *La caducité des actes juridiques. Étude de droit civil*, thèse, LGDJ, Paris, 2006, p. 234, n° 256.

[1249] Cass. 1er civ., 24 janvier 1995, n° 92-17.008 et 92-20.569, *Bull.civ.* I, n° 53.

[1250] L'art. 2224 du C.civ.fr. : « *Les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer* ».

[1251] « *Événement à la réalisation duquel est subordonnée l'exigibilité d'une obligation qui existe bien tant que le terme court, mais dont l'exécution ne peut être exigée jusqu'à l'arrivée du terme* », G. Cornu, *op.cit.*, p. 1006.

Cependant, il faut faire la différence entre le terme et la condition suspensive. Ainsi, le Code civil français dispose à l'article 1185 que « *le terme diffère de la condition, en ce qu'il ne suspend point l'engagement, dont il retarde seulement l'exécution* ». Donc, le terme suspensif indique la date à partir de laquelle l'obligation devient exigible. La condition suspensive constitue, par contre, l'événement futur dont dépend la naissance de l'obligation. Dans le cas du terme suspensif, l'obligation existe mais son exécution est retardée, tandis que dans l'hypothèse de la condition suspensive, l'obligation n'existe qu'en germe lors de la conclusion de la promesse et sa naissance n'interviendra qu'à compter de la survenance de l'événement futur.

La promesse unilatérale en droit roumain se soumet aux mêmes règles de fond qu'en droit français : la capacité de contracter ; un consentement valable ; un objet déterminé, possible et licite ; une cause valable.

En assumant le risque de se répéter, nous allons présenter brièvement les conditions de fond prévues en droit roumain.

Premièrement, comme toute convention, la promesse unilatérale est valable seulement si les parties ont la capacité d'exercice[1252]. De même qu'en droit français, le moment auquel la capacité est déterminée diffère en fonction de la qualité des parties[1253]. Ainsi, le promettant doit avoir une pleine capacité de vendre à la date de la conclusion de la promesse, car il assume l'engagement irrévocablement. Le bénéficiaire, en revanche, doit remplir uniquement les conditions générales de la capacité au moment de la conclusion du contrat, sa pleine capacité devant exister qu'au moment de la conclusion du contrat définitif.

Par exemple, une promesse unilatérale de vente stipulée en faveur d'une société commerciale en cours de formation sera valable même si la société n'a pas été constituée. La société n'est pas obligée d'avoir la capacité de jouissance (*jus utendi*) pour conclure la

---

[1252] L'art. 1180 du n.C.civ.ro. : « *Toute personne qui n'est pas déclarée incapable par la loi et à qui la loi n'interdit pas de conclure certains contrats peut contracter* » ; l'art. 1181 du n.C.civ.ro. : « *Les règles relatives à la capacité de contracter sont contenues principalement dans le premier livre* ».

[1253] D. Chirica, « Promisiunea unilaterala de a vinde si de a cumpara », *loc.cit.*, p. 39, n° 5 ; I. Ionecu, *Antencontractul de vanzare-cumparare*, *op.cit.*, p. 143, n° 131.

promesse en tant que bénéficiaire. Cependant, elle peut conclure valablement le contrat définitif seulement après avoir été enregistrée[1254].

Deuxièmement, même si le promettant et le bénéficiaire doivent donner leur consentement à la conclusion de la promesse unilatérale, la difficulté réside dans la distinction du consentement nécessaire à la formation de la promesse et celui nécessaire à la conclusion du contrat définitif[1255]. En effet, dans le cas du promettant, les deux consentements se superposent. Il manifeste sa volonté de conclure le contrat et il la maintient pendant toute la durée de la promesse.

En revanche, le consentement à la conclusion de la promesse unilatérale et le consentement à la conclusion du contrat définitif sont plus visibles dans le cas du bénéficiaire de la promesse. Ainsi, lorsque l'offre de vente n'a pas été acceptée par le bénéficiaire, le contrat de promesse n'est pas formé et le droit d'option pour la conclusion du contrat de vente n'existe pas.

Le bénéficiaire peut donner son consentement à la conclusion de la promesse expressément ou tacitement[1256]. À titre d'exemple, le consentement exprès peut se matérialiser par une lettre adressée au promettant ou par la signature de la promesse unilatérale. La manifestation tacite de consentement du bénéficiaire peut résulter de l'accomplissement d'un fait ou d'un acte qui prouve ses intentions.

[1254] L'art. 205 du n.C.civ.ro. : « *(1) Les personnes morales soumises à l'enregistrement ont la capacité d'être titulaires de droits et d'obligations à compter de leur enregistrement. (2) Les autres personnes morales ont la capacité d'être titulaires de droits et d'obligations, conformément à l'article 194, à compter soit de la date de l'acte de constitution, soit de la date de l'autorisation de leur constitution, soit de la date d'accomplissement de tout acte requis par la loi. (3) Toutefois, les personnes morales mentionnées au premier alinéa peuvent, dès la date de l'acte de constitution, acquérir des droits et assumer des obligations, mais uniquement dans la mesure nécessaire à leur valable constitution. (4) Les fondateurs, les associés, les représentants et toutes autres personnes qui ont agi au nom d'une personne morale en cours de constitution répondent à l'égard des tiers, de façon indéfinie et solidaire, des actes juridiques accomplis pour le compte de la personne morale en violation des dispositions du troisième alinéa, sauf quand la personne morale nouvellement créée les a repris à son compte, après avoir acquis la personnalité morale. Les actes ainsi repris sont considérés avoir été ceux de la personne morale dès la date de leur passation et produisent pleinement leurs effets* ».

[1255] I. Ionescu, *op.cit.*, p. 144, n° 132.

[1256] L'art. 1196, al. 2ème du n.C.civ.ro. : « *Le silence ou l'inaction du destinataire ne vaut acceptation qu'autant que cela ressort de la loi, de l'accord des parties, des pratiques devenues constantes entre elles, des usages ou d'autres circonstances* ».

Toutefois, la distinction entre la conclusion de la promesse unilatérale et la conclusion du contrat final n'est pas claire dans l'hypothèse de la conclusion tacite ou si le bénéficiaire accepte l'offre de la promesse en même temps qu'il lève l'option de conclure le contrat[1257]. Ces situations rendent la conclusion du contrat directe et immédiate.

Ainsi, pour conclure valablement la promesse unilatérale, il est nécessaire que l'accord du bénéficiaire soit en concordance avec les éléments essentiels et les conditions prévues dans l'offre du promettant. Le consentement ne doit pas être vicié et il doit être la manifestation des personnes déterminées ou, du moins, déterminables.

Troisièmement, à la lumière des dispositions de l'article 1225 du nouveau Code civil roumain[1258], la promesse unilatérale de contracter a comme objet la fixation de l'offre et l'attribution d'un délai d'option au profit du bénéficiaire.

L'objet de l'obligation, par contre, est réglementé distinctement de l'objet du contrat à l'article suivant du nouveau Code civil. En effet, l'article 1226 prévoit au premier alinéa que « *l'objet de l'obligation est la prestation à laquelle s'engage le débiteur* ». À l'alinéa suivant du même article est affirmé que « *sous peine de nullité absolue, l'objet de l'obligation doit être déterminé ou au moins déterminable et licite* ».

Ainsi, l'objet du contrat doit être déterminé et licite et l'objet de l'obligation doit être déterminé ou déterminable et licite. Autrement dit, la promesse unilatérale a pour objet l'obligation du promettant de maintenir son consentement pendant le délai d'option et d'offrir au bénéficiaire un droit d'option pour un certain laps de temps[1259]. Donc, pour réaliser l'objet de la promesse, la promesse unilatérale doit comporter les éléments essentiels qui doivent être déterminés ou, au moins, déterminables.

Le nouveau Code civil roumain prévoit, en consacrant la doctrine et la jurisprudence[1260], la possibilité d'une promesse de vente du bien d'autrui à la condition

---

[1257] I. Ionecu, *op.cit.*, p. 145, n° 132.

[1258] L'art. 1225 du n.C.civ.ro. : « *(1) Constitue l'objet du contrat l'opération juridique telle que la vente, la location, le prêt et autres, convenue entre les parties, ainsi qu'elle ressort de l'ensemble des droits et obligations contractuels. (2) L'objet du contrat doit être déterminé et licite, sous peine de nullité absolue. (3) L'objet est illicite lorsqu'il est prohibé par la loi ou qu'il contrevient à l'ordre public ou aux bonnes mœurs* ».

[1259] I. Ionescu, *op.cit.*, p. 147, n° 133.

[1260] P. Vlachide, *Vanzarea lucrului altuia*, Bucarest, 1943 ; D. Chirica, *Tratat de drept civil. Contracte speciale. Vanzarea si schimbul*, C.H. Beck, Bucarest, 2008, p. 61 et s.; F. Deak, *Tratat de drept civil. Contracte speciale*, Ed. Actami, Bucarest, 1998, p. 42 et s ; A. Dégre, « Vanzarea de lucruri straine », *Dreptul* 1875, p. 165 ; R.

supplémentaire d'assurer la transmission du droit de propriété au moment de la levée de l'option[1261]. Également, l'article 1683, alinéa 5 du nouveau Code civil roumain dispose que si le bien, objet d'une promesse unilatérale de vente, est dans une copropriété et qu'uniquement l'un des copropriétaires consent à vendre, en cas d'inexécution de l'obligation le bénéficiaire de la promesse a la possibilité, « *[...] outre des dommages-intérêts, à son choix, soit la réduction du prix proportionnellement à la quote-part non acquise, soit la résolution du contrat lorsqu'il n'aurait pas acheté s'il avait su qu'il n'allait pas acquérir l'entière propriété du bien* ».

Dans l'hypothèse de la promesse unilatérale de vente, le prix, en tant qu'élément obligatoire de la promesse doit être fixé à la date de la conclusion de la promesse, établi en argent, déterminé ou déterminable, sincère et sérieux.

Le prix n'est pas déterminé lorsqu'il comporte plusieurs éléments dont la valeur n'est pas connue. Par exemple, les promesses qui font référence au *prix raisonnable* ou au *prix du jour*, ne satisfont pas à l'exigence de prix déterminé. Toutefois, il suffit que le prix soit déterminable, c'est-à-dire qu'il soit susceptible d'être calculé, pour que la promesse soit valable.

Enfin, la dernière condition posée pour la validité de la promesse unilatérale est qu'elle ait une cause réelle, licite et morale. La cause s'apprécie au moment de la conclusion de la promesse ; elle peut être expresse, prévue dans une clause, ou tacite, se prouvant alors par tout moyen.

b. Les conditions de forme relatives à la promesse unilatérale de contracter

La promesse unilatérale de contracter obéit également à des règles de formes. D'abord, pour lutter contre la fraude fiscale, le Code civil français dispose à l'article 1589-2 qu' « *est nulle et de nul effet toute promesse unilatérale de vente afférente à un immeuble, à un droit immobilier, à un fonds de commerce, à un droit à un bail portant sur tout ou partie d'un immeuble ou aux titres des sociétés visées aux articles 728 et 1655 ter du code général des*

Sanilevici, I. Macovei, « Consecintele vanzarii lucrului altuia in lumina solutiilor practicii judiciare », *R.R.D.* 2/1975, p. 33 ; I. Lula, « Discutii referitoarea la controversata problema a consecintelor juridice ale vanzarii bunului altuia », *Dreptul* 3/1999, p. 60 et s.

[1261] L'art. 1683, al. 1er du n.C.civ.ro. : « *Lorsque, à la date de la conclusion du contrat portant sur un bien individuellement déterminé, celui-ci est la propriété d'un tiers, le contrat est valable et le vendeur reste tenu d'assurer la transmission du droit de propriété de son titulaire à l'acheteur* ».

impôts, si elle n'est pas constatée par un acte authentique ou par un acte sous seing privé enregistré dans le délai de dix jours à compter de la date de son acceptation par le bénéficiaire. Il en est de même de toute cession portant sur lesdites promesses qui n'a pas fait l'objet d'un acte authentique ou d'un acte sous seing privé enregistré dans les dix jours de sa date ». Le manquement à cette condition de forme est sanctionné par la nullité absolue de la promesse unilatérale.

Par ces dispositions légales, on entend empêcher des professionnels de l'immobilier et de la vente de fonds de commerce de céder à leurs clients, de façon occulte et moyennant une rémunération dissimulée, les promesses qui leur sont accordées, afin d'échapper aux charges fiscales pesant sur cette rémunération.

Ensuite, il existe des textes de loi qui ont pour but d'imposer un formalisme protecteur à l'égard du futur acquéreur. Ainsi, l'article L. 141-1 du Code de commerce prescrit diverses mentions obligatoires destinées à informer pleinement l'acquéreur sur la vente de fonds de commerce[1262]. Le même article prévoit que l'omission de tout ou partie des informations demandées peut emporter la nullité du contrat si l'acquéreur rapporte la preuve que son consentement a été vicié et que le manque d'information lui a causé préjudice.

La loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbains – couramment appelée loi « *SRU* » ou loi « *Gayssot* »[1263] – consacre, en complément de la protection générale accordée à l'acquéreur immobilier non professionnel par le Code de l'urbanisme, une protection spécifique de l'acquéreur d'un terrain à bâtir qui entend construire sur celui-ci « *un immeuble à usage d'habitation ou à usage mixte d'habitation et*

[1262] L'art. 141-1 du C.com. : « *I. - Dans tout acte constatant une cession amiable de fonds de commerce, consentie même sous condition et sous la forme d'un autre contrat ou l'apport en société d'un fonds de commerce, le vendeur est tenu d'énoncer : 1° Le nom du précédent vendeur, la date et la nature de son acte d'acquisition et le prix de cette acquisition pour les éléments incorporels, les marchandises et le matériel ; 2° L'état des privilèges et nantissements grevant le fonds ; 3° Le chiffre d'affaires qu'il a réalisé durant les trois exercices comptables précédant celui de la vente, ce nombre étant réduit à la durée de la possession du fonds si elle a été inférieure à trois ans ; 4° Les résultats d'exploitation réalisés pendant le même temps ; 5° Le bail, sa date, sa durée, le nom et l'adresse du bailleur et du cédant, s'il y a lieu. II. - L'omission des énonciations ci-dessus prescrites peut, sur la demande de l'acquéreur formée dans l'année, entraîner la nullité de l'acte de vente* ».

[1263] Loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbains, *JORF* n° 289, 14 décembre 2000, p. 19777, version consolidée au 19 mai 2015.

professionnel »[1264]. Le défaut des mentions imposées dans la promesse unilatérale est sanctionné par la nullité.

Également, concernant une promesse unilatérale portant sur un lot de copropriété, l'article 46 de la loi n° 65-557 du 10 juillet 1965[1265], tel qu'il est issu de la loi numéro 96-1107 du 18 décembre 1996[1266], affirme que « *toute promesse unilatérale de vente ou d'achat, tout contrat réalisant ou constatant la vente d'un lot ou d'une fraction de lot mentionne la superficie de la partie privative de ce lot* ». Ces dispositions ont vocation à concerner l'ensemble des promesses, dès lors que le lot qui en est l'objet relève du statut de la copropriété des immeubles bâtis. L'omission de la mention de superficie ouvre droit à une action en nullité de l'acte.

De même, un formalisme est exigé en matière de promesse unilatérale portant sur un lot de lotissement. Plus exactement, l'article 442-7 du Code de l'urbanisme dispose qu'une fois l'autorisation d'aménager obtenue, la promesse ne saurait être signée sans que l'acquéreur ait eu connaissance des prescriptions dont cette autorisation est assortie[1267].

Enfin, l'article L. 290-1 du Code de la construction et de l'habitation oblige à constater par un acte authentique « *toute promesse de vente […] dont la validité est supérieure à dix-huit mois, ou toute prorogation d'une telle promesse portant sa durée totale à plus de dix-huit mois* ». La violation de la disposition est sanctionnée, aux termes du même texte, par la nullité du contrat préparatoire.

[1264] L'art. 111-5-3, al. 1er du C.urban. : « *Toute promesse unilatérale de vente ou d'achat, tout contrat réalisant ou constatant la vente d'un terrain indiquant l'intention de l'acquéreur de construire un immeuble à usage d'habitation ou à usage mixte d'habitation et professionnel sur ce terrain mentionne si le descriptif dudit terrain résulte d'un bornage. Lorsque le terrain est un lot de lotissement, est issu d'une division effectuée à l'intérieur d'une zone d'aménagement concerté par la personne publique ou privée chargée de l'aménagement ou est issu d'un remembrement réalisé par une association foncière urbaine, la mention du descriptif du terrain résultant du bornage est inscrite dans la promesse ou le contrat* ».

[1265] Loi n° 65-557 du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis, *JORF* du 11 juillet 1965, p. 5950.

[1266] Loi n° 96-1107 du 18 décembre 1996 améliorant la protection des acquéreurs de lots de copropriété, *JORF* n° 295, 19 décembre 1996, p. 18688.

[1267] L'art. L. 442-7 du C.urban. : « *Le permis d'aménager et, s'il y a lieu, le cahier des charges fixant les conditions de vente ou de location des lots sont remis à l'acquéreur lors de la signature de la promesse ou de l'acte de vente ainsi qu'au preneur lors de la signature des engagements de location. Ils doivent leur avoir été communiqués préalablement* ».

En droit roumain, la promesse unilatérale de contracter est un contrat consensuel qui se forme par le simple consentement des parties[1268]. Cependant, si la loi impose un certain formalisme, comme c'est le cas des terrains avec ou sans construction où l'acte doit être conclu sous une forme authentique (l'article 2 de la Loi 247/2005), le manquement à cette condition est sanctionné par nullité absolue[1269].

L'alinéa 2 de l'article 1242 du nouveau Code civil roumain dispose que si les parties ont entendu conclure le contrat sous une certaine forme, mais que celle-ci n'a pas été respectée, le contrat est tout de même considéré comme valable, dès lors que la forme n'était pas prescrite par la loi.

§2. Les effets de la promesse unilatérale de contracter

La promesse unilatérale de contracter a des effets variables selon le moment auquel on se place, c'est-à-dire, d'une part, pendant la période qui va de la conclusion de la promesse jusqu'à la levée de l'option (a) et, d'autre part, après la levée de l'option (b).

a. Les effets de la promesse unilatérale de contracter jusqu'à la levée de l'option

Tout d'abord, *jusqu'à la levée* de l'option, « *tant que l'option n'est pas levée par le bénéficiaire, le promettant demeure propriétaire* »[1270]. En conséquence, c'est le promettant qui supporte les risques – *res perit domino* – car le transfert de propriété de la chose n'intervient qu'à partir du moment où il y a eu échange de consentement des parties. Cependant, en cas de destruction ou de disparition du bien, le promettant a droit à une indemnité d'assurance ou d'expropriation.

Pourtant, la perte de la chose va emporter la caducité de la promesse sur le fondement du défaut d'objet[1271]. Corrélativement, la perte du bien permet au bénéficiaire de demander la restitution de l'indemnité d'immobilisation. Toutefois, en cas de perte partielle de la chose, la

---

[1268] L'art. 1178 du n.C.civ.ro. : « *Le contrat se conclu par le simple accord de volonté des partis si la loi n'impose pas une certaine formalité pour sa conclusion valable* ».

[1269] L'art. 1242, al. 1er du n.C.civ.ro. : « *Est frappé de nullité absolue le contrat conclu sans respecter la forme exigée clairement par la loi pour sa validité* ».

[1270] O. Barret, *loc.cit.*, n° 103.

[1271] Cass.civ., 28 octobre 1924, *DH* 1924.682.

Cour de cassation a décidé que si le bénéficiaire lève l'option dans le délai imparti, le promettant doit lui remettre l'indemnité[1272].

De par sa qualité de propriétaire jusqu'à la levée de l'option, le promettant se voit imposer certaines obligations. Il a tout d'abord une obligation de ne pas faire, c'est-à-dire qu'il est tenu de ne pas disposer du bien au profit d'un tiers. Si le promettant manque à cette obligation négative, le bénéficiaire de la promesse est en droit de demander la nullité de la vente et la conclusion forcée du contrat à deux conditions : premièrement, s'il établit qu'il a l'intention de lever l'option et, deuxièmement, si le tiers acquéreur est de mauvaise foi, en ce sens qu'il était au courant de la conclusion de la promesse. À défaut, le bénéficiaire aura droit à des dommages et intérêts en vertu de l'article 1142 du Code civil français. D'ailleurs, le projet d'ordonnance de la Chancellerie de mars 2015 prévoit à l'article 1124, alinéa 3ème que « *le contrat conclue en violation de la promesse unilatérale avec un tiers qui en connaissait l'existence est nul* ».

Le promettant a également une obligation de faire, celle de maintenir son consentement à la conclusion du contrat projeté jusqu'à la levée de l'option ou à l'expiration du délai de la promesse. En s'appuyant sur cette obligation, la Cour de cassation a décidé à plusieurs reprises que la levée de l'option qui interviendrait postérieurement à la rétractation mais dans le délai accordé expressément ou implicitement exclut toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquérir et, donc, le bénéficiaire ne peut pas prétendre à la réalisation forcée du contrat mais uniquement à des dommages et intérêts[1273].

L'exécution forcée de la promesse unilatérale, et plus précisément de la promesse de vente, représente une sanction à laquelle la Cour de cassation est réfractaire, infligeant une défaite au principe de l'effet obligatoire des contrats[1274]. Ainsi, tant que le bénéficiaire de la promesse unilatérale n'a pas exprimé la volonté d'acquérir et que le transfert de propriété n'a

---

[1272] Cass.civ., 19 juin 1924, *S.* 1927.1.58.

[1273] Cass. 3e civ., 15 décembre 1993, n° 91-10.199, *Bull.civ.* III, n° 174 ; *JCP* 1995.II.22366, note D. Mazeaud ; Cass. 3e civ., 26 juin 1996, n° 94-16.326, *Bull.civ.* III, n° 165 ; *JCP N* 1997.II.909 ; Cass. 3e civ., 27 mars 2008, n° 07-11.721 ; *JCP* 2008.II.10147, note Pillet.

[1274] J. Schmidt-Szalewski, « La force obligatoire à l'épreuve des avant-contrats », *RTD civ*. 2000, p. 25.

pas eu lieu faute de rencontre des consentements, la rétractation de la promesse du promettant est efficace[1275].

D'ailleurs, le Conseil d'État, dans un arrêt rendu le 2 avril 2015, dispose que « *[...] la rétractation par le promettant d'une promesse unilatérale de vente, lorsqu'elle intervient avant que le bénéficiaire ait levé l'option dans le délai stipulé dans contrat, se résout, conformément aux dispositions de l'article 1142 du code civil, en dommages et intérêts, à moins que les parties aient contractuellement décidé d'écarter l'application des dispositions de cet article* »[1276].

En droit roumain, comme en droit français, l'obligation principale du promettant est de maintenir l'offre de contracter pendant le délai exprès ou raisonnable d'option et de ne pas contracter avec un tiers. En effet, c'est la conséquence du principe de la force obligatoire du contrat qui oblige le promettant à ne pas faire d'autres promesses et à délivrer le bien si le bénéficiaire lève l'option.

Si, pendant le délai d'option, le promettant informe le bénéficiaire qu'il rétracte la promesse de conclure, cette intention n'est pas sans conséquence juridique. Ainsi, du texte des alinéas 1 et 3 de l'article 1669 du nouveau Code civil roumain résulte que si le promettant d'une promesse unilatérale de vente refuse, de manière injustifiée, de conclure le contrat envisagé, le bénéficiaire peut demander au juge de rendre une décision qui tiendra lieu de contrat[1277]. Étant donné que le promettant a donné son consentement à la formation du contrat définitif au moment de la conclusion de la promesse, le tribunal ne prononce pas la conclusion du contrat mais il constate la levée de l'option et ainsi la conclusion du contrat.

Il est possible que le promettant vende le bien promis à un tiers en dépit du droit du bénéficiaire et du délai d'option. Compte tenu du fait que la promesse unilatérale ne donne aucun droit réel sur le bien au bénéficiaire opposable *erga omnes*, celui-ci ne peut demander l'annulation du contrat et revendiquer le bien que sous certaines conditions.

[1275] Cass. 3e civ., 11 mai 2011, n° 10-12.875, *Bull.civ.* III, n° 77 ; *D.* 2011, note D. Mazeaud, p. 1457 ; *D.* 2011, note D. Mainguy, p. 1460 ; *Defrénois* 2011, art. 4023, note L. Aynès, p. 1023.

[1276] CE 3e ss-sect., 2 avril 2015, n° 364539, *D.* 2015, p. 869.

[1277] L'art. 1669 du n.C.civ.ro. : « *(1) Lorsque l'une des parties ayant conclu une promesse bilatérale [synallagmatique] de vente refuse, de façon injustifiée, de conclure le contrat promis, l'autre partie peut demander que soit prononcée une décision qui tienne lieu de contrat si les autres conditions de validité sont remplies. (3) Les dispositions des premier et second alinéas s'appliquent, en tant que de raison, à la promesse unilatérale de vente ou d'achat* ».

Plus précisément, le tiers acquéreur reste propriétaire de plein droit du bien s'il a été de bonne foi, c'est-à-dire s'il n'avait pas connaissance de l'existence de la promesse en faveur du bénéficiaire. Dans cette hypothèse, le bénéficiaire est dédommagé par équivalent, le promettant étant condamné à des dommages et intérêts sur le fondement des dispositions de l'article 1530 du nouveau Code civil roumain[1278].

Quant au bénéficiaire de la promesse unilatérale, celui-ci est titulaire d'un droit d'option. Cependant, la nature juridique de ce droit est sujette à débat en doctrine. Selon un courant doctrinal important, le droit d'option relève d'une catégorie juridique originale, le droit potestatif, dont la caractéristique est de conférer la liberté à son créancier de donner naissance ou de modifier une situation juridique par un acte de volonté unilatéral[1279].

Pourtant, il y a une autre opinion selon laquelle le droit du bénéficiaire est un simple droit de créance[1280]. Cette opinion paraît en contradiction avec les solutions jurisprudentielles qui sanctionnent de manière purement indemnitaire la rétractation du promettant pendant le délai d'option, ainsi que nous l'avons exposé.

En principe, le droit d'option est cessible car la cessibilité est liée à la cessibilité de la promesse unilatérale. Toutefois, les parties peuvent en convenir autrement en conférant ainsi à la promesse un caractère *intuitu personae*[1281]. De plus, l'article 52 de la loi relative à la prévention de la corruption[1282] dispose qu'« *est frappée d'une nullité d'ordre public toute cession à titre onéreux des droits conférés par une promesse de vente portant sur un immeuble lorsque cette cession est consentie par un professionnel de l'immobilier* ». La violation de cette disposition serait sanctionnée par une nullité absolue susceptible d'être invoquée pendant

---

[1278] L'art. 1530 du n.C.civ.ro. : « *Le créancier a droit aux dommages-intérêts pour la réparation du préjudice que le débiteur lui a causé, préjudice qui est la conséquence directe et nécessaire de l'inexécution de l'obligation, lorsque cette inexécution est injustifiée ou due à une faute même non intentionnelle* ».

[1279] I. Najjar, *Le droit d'option. Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, thèse, LGDJ, Paris, 1966, p. 137 et s. ; F. Hage-Chanine, « Essai d'une nouvelle classification des droit d'option privés », *RTD civ*. 1982.705 ; J. Rochfeld, « Les droits potestatifs accordés par le contrat », *in Études offertes à Jacques Ghestin. Le contrat au début du XXIe siècle*, LGDJ, Paris, 2001, p. 752 et s.

[1280] F. Bénac-Schmidt, *Le contrat de promesse unilatérale de vente*, thèse, LGDJ, Paris, 1983, p. 111.

[1281] Cass.civ., 21 février 1951, *Bull.civ.* I, n° 74 ; Cass. 1er civ., 6 novembre 1963, *Bull.civ.* I, n° 484.

[1282] L. n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, *JORF*, 30 janvier 1993, n° 25, p. 1588.

un délai de cinq ans prévu à l'article 2224 du Code civil à compter du jour où le demandeur a connu ou aurait dû connaître l'irrégularité de l'acte en cause.

Le droit d'option du bénéficiaire de la promesse existe pendant le délai accordé expressément ou implicitement. Suite aux modifications opérées par la loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile, en l'absence de stipulation d'un délai de levée d'option, le droit d'option se prescrit par cinq ans[1283].

En droit roumain, le bénéficiaire d'une promesse unilatérale de contracter n'assume, en principe, aucune obligation. Il garde sa liberté contractuelle de contracter ou non jusqu'à l'expiration du délai d'option[1284].

Il peut arriver que le bénéficiaire de la promesse assume l'obligation de payer une somme d'argent comme prix de l'option. Dans cette hypothèse, la promesse unilatérale devient un contrat synallagmatique mais elle ne se transforme pas en promesse synallagmatique de contracter.

La somme d'argent payée au promettant ne représente pas le prix de la vente. Elle est l'équivalent de l'immobilisation du bien pendant le délai de l'option. Ainsi, si le contrat n'est finalement pas conclu, elle restera dans le patrimoine du promettant.

Par ailleurs, cette somme d'argent ne peut non plus être qualifiée de clause pénale car le bénéficiaire de la promesse n'a pas assumé une telle clause

b. Les effets de la promesse unilatérale de contracter après la levée de l'option

Enfin, *après la levée de l'option*, le contrat prévu devient définitif. Ainsi, en exerçant son droit d'option, le bénéficiaire manifeste sa volonté de conclure le contrat et la promesse se transforme en contrat définitif. Cependant, l'exercice du droit d'option n'est plus possible si la promesse devient caduque. Donc, la caducité emporte la destruction rétroactive de la promesse unilatérale et la disparition du droit d'option.

Une partie de la doctrine roumaine émet une opinion contraire. En effet, la levée de l'option ne rend pas automatique la conclusion du contrat mais crée un avant-contrat[1285]. Pour conclure le contrat définitif les parties doivent ainsi réitérer leur consentement.

[1283] L'art. 2224 du C.civ.fr. : « *Les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer* ».

[1284] I. Ionescu, *Antecontractul de vanzare-cumparare*, Hamangiu, Bucarest, 2012, p. 189, n° 160.

[1285] *Ibidem*, p. 198, n° 169.

On ne peut pas être d'accord avec cette opinion car la promesse unilatérale de contracter se caractérise par la certitude de la volonté de conclure le contrat définitif. Par ailleurs, les dispositions de l'article 1669 du nouveau Code civil roumain confirment que la levée de l'option vaut conclusion du contrat si les conditions de validité sont remplies.

Dans la phase qui précède la levée de l'option, la promesse a des effets différents à l'égard du promettant et du bénéficiaire.

En levant l'option, le bénéficiaire donne son consentement à la conclusion du contrat définitif, alors que, par le consentement donné lors de la promesse, il a accepté la promesse du promettant mais il a conservé la liberté de conclure ou non le contrat. Ainsi, pour que le contrat définitif soit valablement conclu, il est requis que le consentement exprimé par le bénéficiaire soit conforme au droit commun, à savoir libre et éclairé. Le bénéficiaire doit également avoir la capacité de conclure le contrat.

Après la levée de l'option, en contrepartie de l'obligation de délivrance du promettant, le bénéficiaire doit payer le prix. C'est-à-dire que le bénéficiaire devient débiteur à l'égard du promettant. S'il a été versé une indemnité d'immobilisation, celle-ci s'imputera sur le prix du contrat définitif.

En conformité avec la théorie des risques, avant la levée de l'option, c'est sur le promettant que pèse la charge d'assumer l'impossibilité d'exécuter l'obligation en raison de la survenance d'une cause étrangère ou d'un cas de force majeure (*res perit creditori*). Après la levée de l'option, c'est au bénéficiaire de supporter les conséquences de la perte de la chose (*res perit debitori*)[1286]. La levée de l'option rend le bénéficiaire de la promesse unilatérale titulaire d'un droit réel. Ainsi, le contrat définitif se substitue à la promesse unilatérale de contracter[1287]. En revanche, s'il existe un délai pour réaliser le contrat sous forme authentique et que le transfert de propriété est retardé, ce délai constitue un terme et la promesse unilatérale devient alors une promesse synallagmatique de contracter. À titre d'exemple, par un arrêt du 12 janvier 1994, la Cour de cassation a jugé que le bail consenti par le bénéficiaire sur un immeuble après la levée de l'option mais avant le transfert de propriété est valable car

---

[1286] Cass. 2e civ., 21 décembre 1970, n° 69-13.031, *Bull.civ.* II, n° 353 ; Cass.com., 7 décembre 1993, n° 91-22.217, *Bull.civ.* IV, n° 466, *Rev. sociétés* 1994, p. 72, note Y. Chartier ; *RTD civ.* 1994, p. 586, obs. J. Mestre.

[1287] Cass. 3e civ., 11 décembre 1984, n° 83-14.829, *Bull.civ.* III, n° 22 ; C.A. Paris, 4 octobre 1991, *RJDA* 1992, n° 135.

le bénéficiaire avait été mis en « *possession réelle* » de l'immeuble dès le jour de la promesse[1288].

La conclusion définitive du contrat peut également être subordonnée à la réalisation d'une condition suspensive. L'article 1181 du Code civil français dispose que « *l'obligation contractée sous une condition suspensive est celle qui dépend ou d'un événement futur et incertain, ou d'un événement actuellement arrivé, mais encore inconnu des parties. Dans le premier cas, l'obligation ne peut être exécutée qu'après l'événement. Dans le second cas, l'obligation a son effet du jour où elle a été contractée* ». Ce pourrait être le cas d'une obtention d'un crédit ou d'un paiement intégral du prix.

La situation *pendente conditione* est caractérisée par deux attributs : d'un côté, l'obligation n'existe pas encore mais, d'un autre côté, le créancier a déjà un embryon de droit qui peut être qualifié de droit « *éventuel* ».

Premièrement, le créancier ne peut exiger l'exécution de l'obligation ni procéder à aucun acte d'exécution ou de poursuite. Ainsi, à la différence de l'effet du terme suspensif où l'obligation existe mais son exécution est uniquement suspendue, dans cette hypothèse l'obligation n'est pas encore née et la partie n'a pas encore la qualité de débiteur. Par conséquent, le créancier ne peut demander l'exécution de l'obligation, ni procéder à aucun acte d'exécution ou de poursuite.

Si la promesse unilatérale sous condition suspensive est translative de propriété, la propriété n'est pas transmise à l'acquéreur, et c'est le vendeur qui conserve la propriété, sous condition résolutoire, avec tous les attributs du droit de propriété et les risques de perte qui sont à sa charge.

Deuxièmement, le créancier conditionnel a un droit éventuel, en ayant certaines prérogatives. Ainsi, le titulaire de ce droit qui est « *intermédiaire entre la simple espérance qui n'est pas un droit et le droit pur et simple* »[1289], bénéficie de la possibilité d'effectuer des actes conservatoires[1290]. Ce qu'il ne pourrait faire s'il n'était qu'un tiers.

[1288] Cass. 3e civ., 12 janvier 1994, n° 91-17.185, *D.* 1995, p. 52, note F. Macorig-Venier.

[1289] Y. Bufflan-Lanore, « Condition », *Rép.civ.* octobre 2008, p. 11, n° 87.

[1290] L'art.1180 du C.civ.fr. : « *Le créancier peut, avant que la condition soit accomplie, exercer tous les actes conservatoires de son droit* ».

Également, le créancier peut obtenir des garanties, caution, gage, hypothèque[1291] et il peut demander que le débiteur respecte son droit. C'est ainsi que le texte de l'article 1178 prévoit que « *la condition est réputée accomplie lorsque c'est le débiteur, obligé sous cette condition, qui en a empêché l'accomplissement* ».

Toutefois, il incombe au créancier de prouver que c'est le fait du débiteur qui a empêché la réalisation de la condition suspensive[1292]. De même, il appartient à l'acquéreur qui s'est obligé dans un délai déterminé, à déposer des demandes de prêts conformes aux prévisions du contrat, de justifier de l'exécution de cette obligation[1293].

Enfin, la levée de l'option doit être conforme en tous points aux conditions de la promesse unilatérale[1294]. Pour autant, une levée d'option qui n'est pas conforme aux conditions de la promesse ne la rend pas à elle seule caduque, à condition que le délai d'option ne soit pas expiré[1295].

Après la levée de l'option, si le promettant refusait de conclure le contrat définitif, le bénéficiaire de la promesse pourrait l'y contraindre sous astreinte et obtenir ainsi l'exécution forcée en nature. Les modalités de l'exécution forcée sont identiques à celles applicables au cas d'inexécution d'une promesse synallagmatique. Pourtant, lorsque la levée de l'option doit être suivie d'un acte authentique constatant la vente immobilière ou l'ordre de virement de valeurs mobilières, par exemple, la résistance du vendeur pourra être vaincue par un jugement valant titre[1296]. Ainsi, l'acquéreur peut faire dresser par le notaire un procès-verbal de carence qui sera lui-même publié sous la forme authentique. Il pourrait de plus obtenir des dommages-intérêts.

La responsabilité contractuelle du promettant qui vendrait à un tiers après la levée de l'option du bénéficiaire pourrait être recherchée. L'éventuelle indemnité d'immobilisation doit

---

[1291] Y. Bufflan-Lanore, *loc.cit.*, n° 89.

[1292] Cass.com., 15 décembre 1992, n° 90-14.196, *Bull.civ.* IV, n° 410.

[1293] Cass. 1er civ., 13 février 2001, n° 98-17.881, *Bull.civ.* I, n° 33, *JCP E* 2002, p. 640, n° 5, obs. C. Néau-Leduc.

[1294] Cass.com., 26 novembre 1979, n° 78-10.839, *Bull.civ.* IV, n° 307 ; Cass. 3e civ., 7 janvier 1987, n° 85-14.930, *Bull.civ.* III, n° 7.

[1295] Cass. 1er civ., 26 octobre 1964, n° 62-13.675, *Bull.civ.* I, n° 470 ; M. Dagot, « La levée d'option conditionnelle », *JCP N* 1990.I.275.

[1296] Cass. 1er civ., 5 novembre 1952, *Bull.civ.* I, n° 289.

également être restituée au bénéficiaire[1297]. Mais la vente consentie au tiers ne peut être annulée que dans le cas d'une fraude du tiers acquéreur[1298].

Les projets de réforme français se sont conformés à la doctrine et la jurisprudence actuelle[1299]. Ainsi, « *il a été considéré que la sanction de la nullité était préférable en cas de violation d'une promesse unilatérale par la conclusion d'un contrat avec un tiers de mauvaise foi. Une fois le contrat avec le tiers annulé, il n'existe alors plus d'obstacle pour que le contrat promis entre le promettant et le bénéficiaire soit conclu aux conditions précisées dans la promesse* »[1300].

Section 2. La promesse synallagmatique de contracter

L'étude de la promesse synallagmatique de contracter suit le même plan que celle de la promesse unilatérale. Ainsi, avant de se pencher sur le régime juridique de la promesse synallagmatique (Sous-section 2), nous allons présenter la notion de promesse synallagmatique (Sous-section 1).

Sous-section 1. La notion de promesse synallagmatique de contracter

La promesse synallagmatique, bilatérale ou réciproque désigne l'« *accord de volonté par lequel deux personnes s'engagent réciproquement et définitivement dans les termes d'un*

[1297] Cass. 3e civ., 15 mars 1978, n° 76-14.348, *D.* 1978, p. 478.

[1298] Cass. 3e civ., 10 novembre 1982, n° 81-13.408, *Bull.civ.* III, n° 221.

[1299] L'art. 1106, al. 3 de l'avant-projet Catala : « *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* » ; l'art. 29, al. 2ème du projet Terré : « *Le contrat conclu avec un tiers en violation d'une promesse unilatérale encourt la nullité si le tiers en connaissait l'existence. Le tout sans préjudice de dommages et intérêts* » ; l'art. 1124, al. 3ème du projet d'ordonnace de la Chancellerie de mars 2015 : « *Le contrat conclu en violation de la promesse unilatérale avec un tiers qui en connaissait l'existence est nul* ».

[1300] C. Aubert de Vincelles, « Le processus de conclusion du contrat », *in* F. Terré (*dir.*), *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, Paris, 2009, p. 142.

contrat dont les conditions essentielles, au moins, sont déterminées et qui équivaut au contrat lui-même »[1301].

Tout d'abord, la promesse réciproque se distingue de simples pourparlers. Ainsi, les pourparlers ont seulement le rôle d'aider à la formation de la volonté définitive des parties, contrairement à la promesse synallagmatique qui renferme déjà l'engagement réciproque de conclure le contrat[1302]. En effet, dans l'hypothèse des promesses synallagmatiques, la conclusion du contrat est reportée parce que, par exemple, une formalité doit être accomplie, ou bien parce que les parties ne veulent pas conclure tout de suite le contrat, comme la situation d'un acheteur qui veut obtenir un prêt.

Ensuite, la promesse synallagmatique se distingue de la promesse unilatérale de contracter. La promesse réciproque de contracter est le contrat par lequel les parties s'obligent l'une envers l'autre à conclure le contrat, alors que la promesse unilatérale de contracter engage uniquement le promettant, le bénéficiaire restant libre de ne pas conclure le contrat définitif.

Il est plus difficile enfin de distinguer la promesse bilatérale du contrat définitif. Etant donné que le contrat définitif est consensuel – l'accord des volontés sur éléments essentiels suffit à la conclusion du contrat – et que l'article 1589, alinéa 1er du Code civil français dispose que « *la promesse de vente vaut vente, lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix* », « *l'assimilation s'opère sans difficulté lorsque la promesse n'est pas autre chose qu'une vente mal qualifiée* »[1303]. En outre, la jurisprudence de la Cour de cassation française, en élargissant les dispositions du Code civil, a institué comme principe « *la promesse de contrat vaut contrat* » et comme exception « *la promesse de contrat ne vaut pas contrat* »[1304].

En réalité, pour que la promesse de contrat vaille contrat, est nécessaire non seulement l'accord de volontés des parties, mais il faut que la conclusion du contrat accomplisse une

---

[1301] G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 10e éd., PUF, Paris, 2014, p. 816.

[1302] L. Boyer, « Les promesses synallagmatiques de vente ; contribution à l'étude des avant-contrats », *RTD civ.* 1949, p. 1 et s.

[1303] J. Ghestin, *Traité de droit civil. La formation du contrat*, 3e éd., LGDJ, Paris, 1993, p. 312, n° 340 ; v. égalemet J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-S. Serinet, « La formation du contrat. Le contrat – Le consentement », *in* J. Ghestin (*dir.*), *Traité de droit civil*, 4e éd., LGDJ, Paris, 2013, p. 611, n°833.

[1304] P. Malaurie, L. Aynès, P. Stoffel-Munck, *Les obligations*, 6e éd., LGDJ, Paris, 2013, p. 217.

certaine formalité. Ainsi, l'accord de volontés constaté par la promesse crée une obligation de faire, celle d'accomplir les formalités requises[1305]. Donc, en ayant pour objet la préparation du contrat définitif, la promesse de contrat « *n'est pas encore le contrat définitif, qui, seul, pourra transférer le droit ou créer une obligation de donner* »[1306].

En effet, la jurisprudence considère le droit du futur contractant comme une créance mobilière, même si le contrat porte sur un droit immobilier[1307]. Ainsi, la Cour de cassation a estimé que jusqu'à l'accomplissement de la formalité (la signature de l'acte notarié), les parties ne sont tenues que d'une obligation de faire, « *qui ne pouvait engendrer […] qu'une créance mobilière sous forme de dommages et intérêts* »[1308].

En conclusion, la promesse synallagmatique de contracter peut constituer un avant-contrat distinct du contrat définitif « *lorsque, dans l'intention des parties, la formalité choisie était une condition de formation de la vente* »[1309]. Toutefois, la formalité doit être clairement considérée par les parties comme une cause déterminante ou un élément essentiel de la vente définitive[1310].

Cependant, cette condition fait penser à l'hypothèse d'un contrat formaliste. Il y a ainsi une différence évidente entre la promesse synallagmatique de contrat solennel et le contrat solennel. Plus concrètement, par contrat solennel il faut entendre le « *contrat dont la formation est subordonnée, à peine de nullité, à des formalités déterminées par la loi* »[1311]. Donc, « *un contrat est solennel dès lors que la volonté des parties doit s'extérioriser à travers une forme imposée à peine de nullité* »[1312].

En revanche, la promesse réciproque de conclure un tel contrat consiste dans l'engagement pris par les parties de procéder à la formalité. En effet, les parties « *se mettent d'accord dans un acte sous seing privé sur les conditions d'un contrat qui requiert pour sa validité la rédaction d'un acte authentique, et conviennent de faire dresser celui-ci*

[1305] F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, 11e éd., Dalloz, Paris, 2013, p. 214.

[1306] Cass. 3e civ., 14 janvier 1987, *D.* 1988.II.83, note. J. Schmidt.

[1307] Cass. 1er civ., 30 avril 1970, *Bull.civ.* I, n° 148, p. 119 ; *JCP G* 1971.II.16674, note L. Mourgeon.

[1308] Cass. 3e civ., 2 avril 1979, *Bull.civ.* III, n° 81, p. 63 ; *JCP G* 1981.II.19697, note M. Dagot.

[1309] *Ibidem.*

[1310] Cass. 3e civ., 2 mai 1978, *JCP* 1978.II.19465, note P. Fieschi-Vivet ; *D.* 1979.317, note J. Schmidt-Szalewski.

[1311] G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 10e éd., PUF, Paris, 2014, p. 261.

[1312] F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, 11e éd., Dalloz, Paris, 2013, p. 162, n° 137.

ultérieurement »[1313]. D'une façon générale, la promesse bilatérale solennelle a pour rôle de protéger le consentement des auteurs de l'acte juridique, et doit revêtir la forme de l'acte projeté[1314].

La doctrine roumaine a défini la promesse synallagmatique de contracter comme l'avant-contrat « *par lequel les parties s'obligent fermement et réciproquement à conclure dans le futur un certain contrat dont les éléments essentiels sont prévus dans le présent* »[1315].

Par rapport à la promesse unilatérale de contracter, l'inexécution de la promesse synallagmatique de contracter donne la possibilité aux deux parties de demander l'exécution en nature de l'obligation de l'avant-contrat. Plus précisément, les parties à la promesse synallagmatique, de par leur qualité d'être à la fois créancier et débiteur, peuvent demander la conclusion du contrat prévu.

La notion de promesse synallagmatique a été consacrée en droit roumain après la seconde guerre mondiale au moment de l'instauration du système totalitaire communiste[1316]. Ainsi, les dispositions de l'article 12 du décret n° 144/1958 prévoyaient expressément la possibilité pour le juge de rendre une décision tenant lieu d'accord définitif des parties en cas d'inexécution des obligations prévues dans l'avant-contrat.

Même si la jurisprudence et la doctrine roumaines ont limité l'application de la promesse synallagmatique à la vente, le nouveau Code civil roumain envisage d'une manière générale la promesse de contracter à l'article 1279[1317]. Il énonce dans un article distinct la promesse bilatérale de vente[1318].

[1313] *Ibidem*, n° 138.

[1314] C.A. Dijon, 26 avril 1932, *D.H.* 1932.339.

[1315] L. Pop, I.-F. Popa, S.I. Vidu, *Trata elementar de drept civil. Obligatiile*, vol. II, Universul Juridic, Bucarest, 2012, p. 225.

[1316] E. Chelaru, *Circulatia juridica a terenurilor*, All Beck, Bucarest, 1999.

[1317] L'art. 1279 du n.C.civ.ro. : « *(1) La promesse de contracter doit contenir toutes les clauses du contrat promis en l'absence desquelles les parties ne pourraient exécuter la promesse. (2) En cas d'inexécution de la promesse, le bénéficiaire a droit à des dommages-intérêts. (3) De même, si le promettant refuse de conclure le contrat promis, le tribunal, à la demande de la partie qui a rempli ses propres obligations, peut prononcer une décision qui tienne lieu de contrat, lorsque la nature du contrat le permet et que les exigences de la loi pour la validité de celui-ci sont remplies. Les dispositions du présent alinéa ne sont pas applicables à la promesse de conclure un contrat réel, si la loi n'en dispose autrement. (4) La convention par laquelle les parties s'obligent à négocier en vue de la conclusion ou de la modification du contrat ne constitue pas une promesse de contracter* ».

Sous-section 2. Le régime juridique de la promesse synallagmatique de contracter

L'étude des conditions de validité de la promesse synallagmatique de contracter (§1) précédera celle de ses effets (§2).

§1. Les conditions de validité de la promesse synallagmatique de contracter

D'abord, quant aux conditions relatives au fond, la promesse réciproque de contracter doit remplir les conditions de validité des conventions prévues respectivement par l'article 1108 du Code civil français[1319] et l'article 1179 du nouveau Code civil roumain[1320]. En ce qui concerne le consentement, il faut et il suffit, pour que le contrat soit conclu, que celui-ci ait existé lors de la conclusion de la promesse synallagmatique.

Parce que la promesse bilatérale est un contrat autonome par lequel les parties donnent leur consentement au contrat définitif dont la formation est retardée jusqu'à l'accomplissement d'une formalité, les conditions de validité liées au consentement sont communes à l'avant-contrat et au contrat définitif. Les règles de validité doivent s'apprécier lors de la conclusion de la promesse. Cependant, les autres conditions doivent être remplies lors de la formation du contrat projeté.

S'agissant de la capacité, les parties doivent aussi justifier leur capacité, comme dans l'hypothèse de la promesse unilatérale, dès la conclusion de la promesse synallagmatique.

[1318] L'art. 1669, al. 1er du n.C.civ.ro. : « *Lorsque l'une des parties ayant conclu une promesse bilatérale de vente refuse, de façon injustifiée, de conclure le contrat promis, l'autre partie peut demander que soit prononcée une décision qui tienne lieu de contrat si les autres conditions de validité sont remplies* ».

[1319] L'art. 1108 du C.civ.fr. : « *Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention : le consentement de la partie qui s'oblige ; sa capacité de contracter ; un objet certain qui forme la matière de l'engagement ; une cause licite dans l'obligation* ».

[1320] L'art. 1179 du n.C.civ.ro. : « *(1) Les conditions essentielles pour la validité du contrat sont : la capacité de contracter ; le consentement des parties ; un objet déterminé et licite ; une cause licite et morale. (2) Dans la mesure où la loi prévoit une certaine forme pour un contrat, celle-ci doit être respectée, sous peine d'application de la sanction prévue par les dispositions légale* ».

Pourtant, contrairement au pacte de préférence, il est exigé que, dans le cas d'une promesse de vente, l'acquéreur ait la capacité et le pouvoir d'acheter le bien. La survenance d'une incapacité ou d'un retrait de pouvoir après la formation de la promesse réciproque ne donne pas droit à demander la nullité du contrat découlant de la promesse.

Quant à l'objet et la cause, l'avant-contrat doit avoir un objet et une cause conformes aux exigences des articles 1108 du Code civil français et 1179 du nouveau Code civil roumain. Ainsi, l'objet du contrat définitif doit être possible, licite, et déterminé ou au moins déterminable dès le moment de la promesse synallagmatique. À titre d'exemple, les éléments essentiels de la promesse réciproque de vente, à savoir le prix et la chose, doivent être déterminés ou déterminables, à défaut il ne s'agit pas d'une promesse mais d'une offre de vente ou d'une invitation à entrer en pourparlers.

La conformité de l'objet et de la cause aux exigences légales s'apprécie à la date de la promesse. En effet, en matière de lésion, à la différence de la promesse unilatérale de vente[1321], la Cour de cassation a jugé d'une part, quant au moment où doit s'apprécier la valeur de l'immeuble, qu'il convient de se placer à la date de la signature de la promesse synallagmatique et non au moment de la réalisation de la condition suspensive[1322] ; et d'autre part, quant au délai de prescription de l'action en rescision, que celui-ci commence à courir à la date du « *compromis* »[1323] de vente ayant consacré l'accord des parties sur la chose et sur le prix, même si celles-ci ont entendu différer à la date de l'acte authentique le transfert de la propriété, la jouissance, et le paiement du prix[1324]. Toutefois, lorsque le « *compromis* » de vente est assorti d'une condition suspensive, c'est au moment de l'accomplissement de cette condition que court le délai biennal dans lequel est enfermée l'action en rescision[1325].

Ensuite, concernant les règles de forme, en droit roumain et en droit français, la promesse synallagmatique ne requiert aucune condition pour être valable. Pourtant, le formalisme d'information imposé par les réglementations spécifiques et visant à protéger

---

[1321] L'art. 1675, al. 2e du C.civ.fr. : « *En cas de promesse de vente unilatérale, la lésion s'apprécie au jour de la réalisation* ».

[1322] Cass. 3e civ., 30 juin 1992, n° 90-19.882, *Bull.civ.* III, n° 236 ; *D.* 1993.236, obs. G. Paisant.

[1323] « *Terme employé improprement par la pratique pour désigner l'acte sous seings privés qui constate une vente d'immeuble avant que celle-ci ne fasse l'objet d'un acte authentique notarié* », G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, Paris, 2011, p. 214.

[1324] Cass. 3e civ., 29 janvier 1992, *loc.cit.*

[1325] Cass. 3e civ., 11 décembre 1984, n° 83-14829, *Bull.civ.* III, n° 212.

l'acquéreur immobilier concerne la promesse bilatérale de vente et d'achat valant vente, puisqu'il s'agit là d'un contrat « *réalisant ou constatant la vente* »[1326]. Également, un formalisme est imposé par l'article L. 290-1 du Code de la construction et de l'habitation : « *toute promesse de vente ayant pour objet la cession d'un immeuble ou d'un droit réel immobilier, dont la validité est supérieure à dix-huit mois, ou toute prorogation d'une telle promesse portant sa durée totale à plus de dix-huit mois est nulle et de nul effet si elle n'est pas constatée par un acte authentique, lorsqu'elle est consentie par une personne physique* ».

Un autre exemple de formalisme d'information vise la promesse de vente portant sur un fonds de commerce. Plus précisément, l'article L. 141-1 du Code de commerce dispose que cette obligation intéresse « *tout acte constatant une cession amiable de fonds de commerce, consentie même sous condition et sous la forme d'un autre contrat ou l'apport en société d'un fonds de commerce, le vendeur est tenu d'énoncer […]* ».

Il faut mentionner que, contrairement à la promesse unilatérale de vente[1327], la promesse réciproque, lorsqu'elle est constatée sous seing privé, n'est pas soumise au formalisme fiscal de l'enregistrement obligatoire dans les dix jours de sa conclusion. Ainsi, la validité de la promesse ne serait pas altérée par l'absence des formalités d'enregistrement[1328].

S'agissant des règles de preuve, la promesse synallagmatique est opposable aux tiers dans les conditions de droit commun ; il s'agit donc de prouver que l'intéressé en avait connaissance. Pourtant, au regard de la publicité foncière, la promesse réciproque portant sur des droits immeubles doit être publiée au registre foncier conformément à l'article 28-2 du Décret n° 55-22 du 4 janvier 1955. L'accomplissement d'une telle publicité requiert la constatation du *compromis* en la forme authentique. Si la promesse a fait l'objet d'un acte sous

---

[1326] L'art. 46, al. 1er de la Loi n° 65-557 du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis : « *[…], tout contrat réalisant ou constatant la vente d'un lot ou d'une fraction de lot mentionne la superficie de la partie privative de ce lot ou de cette fraction de lot* ».

[1327] L'art. 1589-2 du C.civ.fr. : « *Est nulle et de nul effet toute promesse unilatérale de vente afférente à un immeuble, à un droit immobilier, à un fonds de commerce, à un droit à un bail portant sur tout ou partie d'un immeuble ou aux titres des sociétés visées aux articles 728 et 1655 ter du code général des impôts, si elle n'est pas constatée par un acte authentique ou par un acte sous seing privé enregistré dans le délai de dix jours à compter de la date de son acceptation par le bénéficiaire. Il en est de même de toute cession portant sur lesdites promesses qui n'a pas fait l'objet d'un acte authentique ou d'un acte sous seing privé enregistré dans les dix jours de sa date* ».

[1328] Cass. 3e civ., 12 juillet 1976, *D.* 1976.657.

seing privé, elle peut simplement faire l'objet d'une publication au titre de l'article 37-2 du même décret. Mais, lorsque la promesse synallagmatique n'a pas été publiée, la promesse est opposable seulement aux tiers qui en ont eu connaissance effective.

La promesse réciproque est dans tous les cas un contrat qui produit des effets juridiques.

§2. Les effets de la promesse synallagmatique de contracter

L'intérêt de la promesse bilatérale distincte du contrat qu'elle prépare réside dans la spécificité de ses effets. « *Ainsi, si le contrat définitif est translatif de droits, la promesse ne réalise pas ce transfert : la promesse de vente « ne vaut pas vente »* »[1329]. En effet, la promesse réciproque a force obligatoire dès lors que sont intervenus les événements qu'elle prévoit[1330]. Donc, l'objet de la promesse est de préparer le contrat définitif, en faisant naître l'obligation de procéder à la formalité conventionnellement prévue. Tant que la formalité n'a pas été observée, le contrat définitif n'est pas formé et ne peut donc produire aucun effet juridique. Le transfert de propriété et le transfert des risques ne se produisent en conséquence pas au moment de la promesse, mais une fois que le contrat est conclu.

Toutefois, *mutatis mutandis*[1331], lorsqu'il y a consentement réciproque des parties sur les éléments essentiels du contrat envisagé, la promesse de conclure le contrat vaut contrat. Plus concrètement, si la condition se réalise, le contrat définitif produira ses effets dès la conclusion de promesse. Si à l'inverse la condition est défaillante, le contrat sera rétroactivement anéanti.

La promesse synallagmatique peut être assortie d'une condition suspensive[1332] ou d'un terme suspensif[1333]. La promesse peut également renfermer une condition résolutoire[1334], de

[1329] Cass. 3e civ., 14 janvier 1987, *D.* 1988. II. 83, note. J. Schmidt.

[1330] P. Malaurie, L. Aynès, P. Stoffel-Munck, *Droit civil. Les obligations*, 6e éd., LGDJ, Paris, 2013, p. 217, n° 450.

[1331] L'art. 1589, al. 1er du C.civ.fr. : « *La promesse de vente vaut vente, lorsqu'il y consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix* ».

[1332] L'art. 1400 du n.C.civ.ro. : « *La condition est suspensive lorsque la naissance de l'obligation dépend de l'accomplissement de la condition* » ; l'art. 1181 du C.civ.fr. : « *(1) L'obligation contractée sous une condition suspensive est celle qui dépend ou d'un événement futur et incertain, ou d'un événement actuellement arrivé, mais*

nature à l'anéantir si elle se réalise. Ainsi, lorsque la promesse bilatérale est affectée d'une condition suspensive, en conformité avec l'article 1179 du Code civil français[1335] et l'article 1407 du nouveau Code civil roumain[1336], l'effet translatif de la propriété et la naissance des obligations rétroagiront en principe à la date de sa conclusion. Donc, les actes juridiques relatifs au bien objet de la vente qui auraient pu être passés par l'acquéreur antérieurement à la réalisation de la promesse seront rétroactivement validés[1337].

Lorsque la condition suspensive n'a pas été remplie, la promesse devient caduque[1338]. Pourtant, la caducité de la promesse attachée à la défaillance de la condition peut être écartée par la renonciation des deux parties à s'en prévaloir, lorsque la condition a été stipulée dans leur intérêt commun, ou dans l'intérêt de la seule partie en faveur de laquelle la condition à été

---

encore inconnu des parties. (2) Dans le premier cas, l'obligation ne peut être exécutée qu'après l'événement. (3) Dans le second cas, l'obligation a son effet du jour où elle a été contractée ».

[1333] L'art. 1412, al. 1er du n.C.civ.ro. : « *Le terme est suspensif lorsque l'exigibilité de l'obligation est reportée jusqu'à sa survenance* » ; l'art. 1185 du C.civ.fr. : « *Le terme diffère de la condition, en ce qu'il ne suspend point l'engagement, dont il retarde seulement l'exécution* ».

[1334] L'art. 1401 du n.C.civ.ro. : « *(1) La condition est résolutoire lorsque son accomplissement entraîne l'anéantissement de l'obligation. (2) Jusqu'à preuve du contraire, la condition est présumée résolutoire à chaque fois que l'échéance des obligations principales précède le moment où la condition pourrait être accomplie* » ; l'art. 1183 du C.civ.fr. : « *(1) La condition résolutoire est celle qui, lorsqu'elle s'accomplit, opère la révocation de l'obligation, et qui remet les choses au même état que si l'obligation n'avait pas existé. (2) Elle ne suspend point l'exécution de l'obligation ; elle oblige seulement le créancier à restituer ce qu'il a reçu, dans le cas où l'événement prévu par la condition arrive* ».

[1335] L'art. 1179 du C.civ.fr. : « *La condition accomplie a un effet rétroactif au jour auquel l'engagement a été contracté. Si le créancier est mort avant l'accomplissement de la condition, ses droits passent à son héritier* ».

[1336] L'art. 1407 du n.C.civ.ro. : « *(1) La condition accomplie est présumée produire des effets rétroactivement, à compter du moment de la conclusion du contrat, si le contraire ne ressort pas de la volonté des parties, de la nature du contrat ou des dispositions légales. (2) Sauf clause contraire, l'accomplissement de la condition résolutoire qui affecte un contrat à exécution continue ou successive, n'a aucun effet sur les prestations déjà exécutées. (3) Lorsque la condition suspensive produit des effets rétroactifs et qu'elle est accomplie, le débiteur est tenu à exécution comme si son obligation avait été simple. Les actes conclus par le propriétaire sous conditions suspensive sont valables et, en cas d'accomplissement de la condition, produisent des effets à compter de leur conclusion* ».

[1337] Cass. 3e civ., 19 février 1976, *Bull.civ.* III, n° 76.

[1338] Cass. 3e civ., 20 décembre 2000, n° 98-22.684, *AJDI* 2001.923, obs. F. Cothet-Cordey.

stipulée. De plus, dans la seconde hypothèse, la jurisprudence française reconnaît que la non-réalisation de la condition ne peut pas rendre caduque la promesse[1339].

En cas de promesse synallagmatique de vente conclue sous conditions suspensives d'obtention d'un prêt et de réitération par acte authentique de la vente à une certaine date, la promesse devient caduque si la signature de celui-ci n'est pas intervenue avant le terme stipulé, dès lors que le vendeur n'a pas accepté de reporter le délai de signature[1340].

Toutefois, eu égard à l'intérêt de la doctrine et à la variété des solutions jurisprudentielles relatives à la suspension de la vente d'immeuble jusqu'à l'obtention du prêt, nous allons développer cette question afin d'envisager l'étude des difficultés de la réalisation des effets de la promesse synallagmatique et l'hypothèse dans laquelle la promesse réciproque ne vaut pas contrat. Ainsi, « *codifiée aux articles L. 312-1 et suivants du Code de la consommation, la protection de celui qui recourt au crédit immobilier pour financer son acquisition passe à la fois par le respect d'un formalisme informatif destiné à prévenir tout engagement irréfléchi et par le jeu de conditions légales qui lient réciproquement le sort du prêt à celui de la vente* »[1341].

En effet, lorsque la conclusion du contrat est subordonnée à la réalisation de la condition suspensive, la doctrine française a proposé plusieurs critères de réalisation de celle-ci. Un premier critère suggéré réside dans la réception d'une offre correspondant aux caractéristiques du financement de l'opération prévue. Cependant, il a été reproché à ce critère de supprimer toute utilité réelle du délai de réflexion de dix jours qu'imposent les textes d'ordre public[1342]. Un autre critère proposé est celui de l'acceptation de l'offre émise par l'organisme de crédit, mais cet événement donne prise au grief de subjectivité, voire de potestativité, qu'un contrôle de l'abus ou de la motivation ne saurait totalement écarter. Un dernier critère avancé pour évaluer la réalisation de la condition est celui de la remise des fonds, conception protectrice de l'emprunteur mais qui allonge déraisonnablement la période

---

[1339] Cass. 3e civ., 23 juin 1996, n° 94-18.525, *Defrénois* 1996.1359, obs. P. Delebecque ; Cass. 3e civ., 12 janvier 2010, n° 08-18.624, *RDLC* 2010/69, n° 3731, obs. C. Le Gallou.

[1340] Cass. 3e civ., 29 mai 2013, n° 12-17.077, *Dalloz actualité*, 21 juin 2013, obs. M. Kebir.

[1341] Y.-M. Serinet, « Droit des obligations », *in* J. Ghestin (dir), *Doctrine chronique*, *JCP G* 2008.II.19, n° 1.

[1342] *Ibidem*, p. 20, n° 2.

conditionnelle et porte à faux, désormais, avec l'analyse consensuelle des prêts consentis par des professionnels du crédit[1343].

La Cour de cassation française a tranché ces débats doctrinaux en jugeant que « *la condition suspensive de l'obtention d'un prêt, au sens de l'article 17 de ladite loi [article L.312-16 du Code de la consommation]*[1344]*, est réputée réalisée dès la présentation par un organisme de crédit d'une offre régulière correspondant aux caractéristiques du financement de l'opération stipulées par l'emprunteur dans l'acte visé à l'article 16 de la même loi [article L. 312-15 du Code de la consommation]*[1345] »[1346].

Le débat se porte ensuite sur les exigences demandées pour la formalisation de l'offre de prêt. Autrement dit, « *peut-on déclarer une promesse caduque alors que la banque a manifesté, en temps voulu et par courrier, son accord pour octroyer le prêt sollicité, mais n'a pas encore édité, à la date fixée, l'offre formelle correspondant aux caractéristiques du prêt ?* »[1347].

Il est suffisant que l'organisme bancaire extériorise librement sa volonté de contracter pour qu'il soit permis de considérer que le crédit est accordé. Donc, la réalisation de la condition implique « *la délivrance d'une offre ferme et sans réserve d'un prêt conforme aux*

[1343] Cass. 1er civ., 27 mai 1998, n° 96-17.312, *Juris-Data* n° 1998-002335 ; *Bull.civ.* I, 1998, n° 186.

[1344] L'art. L. 312-16 du C. de la conso. : « *Lorsque l'acte mentionné à l'article L. 312-15 indique que le prix est payé, directement ou indirectement, même partiellement, à l'aide d'un ou plusieurs prêts régis par les sections 1 à 3 et la section 5 du présent chapitre, cet acte est conclu sous la condition suspensive de l'obtention du ou des prêts qui en assument le financement. La durée de validité de cette condition suspensive ne pourra être inférieure à un mois à compter de la date de la signature de l'acte ou, s'il s'agit d'un acte sous seing privé soumis à peine de nullité à la formalité de l'enregistrement, à compter de la date de l'enregistrement.*

Lorsque la condition suspensive prévue au premier alinéa du présent article n'est pas réalisée, toute somme versée d'avance par l'acquéreur à l'autre partie ou pour le compte de cette dernière est immédiatement et intégralement remboursable sans retenue ni indemnité à quelque titre que ce soit. A compter du quinzième jour suivant la demande de remboursement, cette somme est productive d'intérêts au taux légal majoré de moitié ».

[1345] L'art. 312-15 du C. de la conso. : « *L'acte écrit, y compris la promesse unilatérale de vente acceptée et le contrat préliminaire prévu à l'article L. 261-15 du code de la construction et de l'habitation, ayant pour objet de constater l'une des opérations mentionnées à l'article L. 312-2, doit indiquer si le prix sera payé directement ou indirectement, même en partie, avec ou sans l'aide d'un ou plusieurs prêts régis par les sections 1 à 3 du présent chapitre* ».

[1346] Cass. 1er civ., 9 décembre 1992, *Bull.civ.* I, 1992, n° 309.

[1347] Y.-M. Serinet, *loc.cit.*, n° 3.

stipulations contractuelles »[1348]. Toutefois, même si l'offre est consensuelle, elle doit être sur le fond conforme « *aux conditions prévues à la promesse* »[1349].

Hormis le cas où la promesse bilatérale est rendue caduque suite à la défaillance de la condition suspensive ou à la survenance du terme extinctif, ou encore en raison de la disparition de l'un de ses éléments constitutifs, les parties doivent exécuter la promesse de telle sorte que le contrat définitif puisse produire ses effets. Ainsi, l'efficacité du contrat suppose le respect préalable de l'engagement pris dans la promesse synallagmatique[1350].

Pourtant, si l'un des deux promettants refuse de tenir cet engagement, le cocontractant victime aura la possibilité de choisir entre soit demander la résolution du contrat préparatoire aux torts de son partenaire (résolution assortie, le cas échéant, de dommages et intérêts)[1351], soit agir en exécution forcée de la promesse[1352]. D'ailleurs, la victime peut solliciter l'exécution forcée de la promesse même si elle a opté pour la résolution dans un premier temps[1353].

L'article 1279 du nouveau Code civil roumain reprend les solutions adoptées en droit français. Le texte de loi dispose ainsi qu' « *en cas d'inexécution de la promesse, le bénéficiaire a droit à des dommages-intérêts* » (alinéa 2ème) ; « *de même, si le promettant refuse de conclure le contrat promis, le tribunal, à la demande de la partie qui a rempli ses obligations, peut prononcer une décision qui tienne lieu de contrat, lorsque la nature du*

[1348] Cass. 3e civ., 7 novembre 2007, n° 06-17.413, *Bull.civ.* III, 2007, n° 200.

[1349] *Ibidem*, n° 199.

[1350] R.-N. Schütz, « L'exécution de la promesse de vente », *Defrénois* 1999, art. 37021, p. 833, n° 29.

[1351] L'art. 1183 du C.civ.fr. : « *La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement. Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit.*

La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts.

La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances ».

[1352] Cass. 3e civ., 21 février 1996, n° 94-13.785, *Bull.civ.* III, 1996.III.56, p. 37 ; Cass. 1er civ., 24 juin 1997, n° 95-10.629, *Bull.civ.* 1997.I.214, p. 142 ; *JCP N* 1998.54, note L. Leveneur ;

[1353] Cass. 3e civ. 3e, 25 mars 2009, n° 08-11.326, *Bull.civ.* III, 2009.III.67 ; *D.* 2009.1020 ; *Defrénois* 2009, art. 39040, obs. E. Savaux.

contrat le permet et que les exigences de la loi pour la validité de celui-ci sont remplies » (alinéa 3ème).

Si la partie lésée par l'inexécution de la promesse choisit l'exécution forcée, celle-ci consistera à faire « *constater judiciairement* »[1354] le contrat. Par exemple, en matière immobilière, la publication de cette décision à la conservation des hypothèques assurera l'opposabilité de la vente aux tiers[1355].

Cependant, en matière immobilière, la partie qui poursuit l'exécution forcée de la promesse doit au préalable notifier à l'autre partie son intention par acte d'huissier et lui enjoindre, par le même acte, de se présenter à jour fixe chez le notaire pour signer l'acte litigieux. La défaillance du contractant pareillement sommé conduira le notaire à dresser un procès-verbal de carence ou d'absence ou, dans l'hypothèse où la personne se présente mais s'oppose à la rédaction de l'acte authentique, à ériger un procès-verbal de difficulté, dont dans les deux cas le demandeur se munira à l'effet de saisir l'autorité judiciaire d'une demande en réalisation forcée de la promesse[1356].

En constatant la vente, le juge peut également accorder des dommages et intérêts pour le préjudice subi du fait du retard dans l'exécution[1357]. Il peut en outre condamner à indemniser un tiers victime de ce manquement contractuel sur la base de l'article 1382 du Code civil français[1358].

Toutefois, le juge n'a pour rôle que de constater l'accord et ordonner l'exécution de la promesse réciproque, ce qui ne saurait faire obstacle à une éventuelle action ultérieure en nullité de la vente, pour défaut de prix réel et sérieux par exemple[1359].

[1354] R.-N. Schütz, *loc.cit.*, nos 30 et s.

[1355] Cass. 3e civ., 13 février 1973, *Bull.civ.* 1973. III.125 ; Cass. 3e civ., 9 février 1983, *RDI* 1983.469, obs. J.-C. Groslière, P. Jestaz.

[1356] O. Barret, *loc.cit.*, n° 197.

[1357] Cass. 3e civ., 21 février 1996, *loc.cit*.

[1358] Cass. 3e civ., 4 juillet 2007, n° 06-15.776, *Bull.civ.* 2007.III.121 ; *D.* 2007. ; *AJ* 2102 ; *Defrénois* 2007, art. 38667, obs. E. Savaux.

[1359] « *L'autorité de la chose jugée attachée à un arrêt qui, en ordonnant la régularisation d'une vente par acte authentique, n'a tranché que la question de la réalité et de la validité du consentement des parties, ne saurait faire obstacle à l'action en nullité de cette vente sur le défaut de prix réel et sérieux* », Cass.ass.plén., 3 juin 1994, n° 92-12.157, *Bull.ass.plén.* 1994.4. ; Cass. 1er civ., 31 décembre 1970, *Bull.civ.* 1970. I.333.

Au regard de l'alinéa 1er de l'article 1589 du Code civil français, « *la promesse de vente vaut vente, lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix* ». Pourtant, les parties ont, en vertu du principe de la liberté contractuelle, la faculté d'écarter cette règle supplétive de volonté. Par exemple, les contractants peuvent faire de la réitération en la forme authentique de l'acte sous seing privé ayant constaté la promesse bilatérale une condition de formation de la vente, et donc un élément constitutif de celle-ci. Ainsi, lorsque les parties ont manifesté leur intention de reporter ou de subordonner la formation du contrat définitif à l'accomplissement d'une telle formalité, la Cour de cassation a admis que « *la promesse de vente ne vaut pas vente* »[1360].

Mais, si la promesse synallagmatique de vente ne vaut pas vente, « *se pose la question de savoir ce qu'elle vaut* »[1361]. Pour tenter d'apporter une réponse, il faut distinguer selon la valeur juridique de l'acte notarié envisagé par les parties[1362]. Si d'un côté la signature de l'acte notarié a été envisagée comme une simple éventualité, il est difficile de considérer que la promesse a un caractère contractuel. En effet, les parties se trouvent en présence d'un simple projet qui n'a pas force obligatoire. La seule obligation qui revient aux parties est celle de poursuivre les pourparlers avec bonne foi sur les éléments non fixés. En conséquence, seule une responsabilité civile extracontractuelle peut s'envisager dans l'hypothèse où l'un des promettants venait à avoir un comportement déloyal qui ferait ainsi échouer la conclusion du contrat.

Si d'un autre côté les parties donnent à la signature de l'acte notarié une valeur certaine, elles contractent une obligation « *de faire* ». Ainsi, la promesse réciproque a le caractère d'un véritable contrat préparatoire, d'un véritable avant-contrat bilatéral.

Donc, la possible réponse à la question posée par la doctrine est que « *seule la promesse par laquelle les parties ont reporté la date de la formation de la vente à la réitération – envisagée, comme certaine et obligatoire – de l'acte sous seing privé en la forme*

[1360] Cass. 3e civ., 12 octobre 1994, n° 92-16.061, *Defrénois* 1995, art. 30600, obs. D. Mazeaud ; Cass. 3e civ., 17 juillet 1997, n° 96-20.064, *JCP N* 1998. 1699, note C. Coutant-Lapalus ; *Defrénois* 1998, art. 36753, n° 21, obs. D. Mazeaud.

[1361] O. Barret, *loc.cit.*, n° 205.

[1362] Cass. 3e civ., 2 février 1983, *Defrénois* 1983, art. 33189, obs. G. Vermelle.

authentique, a la nature d'un contrat préparatoire, savoir un avant-contrat synallagmatique »[1363].

Toutefois, l'avant-contrat ne constate pas et ne réalise pas automatiquement la conclusion du contrat. C'est seulement à l'occasion de l'acte notarié ultérieur que le contrat est formé.

En conclusion, la promesse synallagmatique a simplement pour effet de mettre à la charge des parties une obligation de faire. Mais, lorsque l'une des parties refuse de satisfaire cette obligation, il est difficile, à la lumière du principe de la liberté contractuelle, de la contraindre à accomplir la formalité nécessaire à la formation du contrat définitif[1364].

D'ailleurs, l'étude de la jurisprudence révèle que l'inexécution de la promesse réciproque, comme celle d'hypothèque ou de prêt, liée au refus du promettant d'accomplir la formalité commandant la validité du contrat définitif est sanctionnée seulement par des dommages et intérêts[1365]. La doctrine considère également majoritairement que l'inexécution de l'obligation de passer l'acte authentique est sanctionnée seulement par des dommages et intérêts en vertu de l'article 1142 du Code civil français, ainsi que par la résolution, aux torts du contractant défaillant, de l'avant-contrat synallagmatique inexécuté[1366].

L'inexécution de la promesse synallagmatique peut se manifester aussi si le contrat définitif n'a pas été conclu avec l'une des parties mais avec un tiers. Le problème de la conclusion du contrat définitif avec un tiers est le même que dans l'hypothèse de la violation d'une promesse unilatérale de vente. C'est-à-dire que la sanction varie selon que le tiers a été de bonne ou de mauvaise foi, s'il connaissait ou devait connaître l'existence de la promesse synallagmatique.

Cependant, lorsque la promesse concerne un contrat définitif portant sur un droit réel immobilier, elle est soumise à la publicité obligatoire. Il existe une présomption irréfragable de mauvaise foi à l'encontre du tiers acquéreur. Pourtant, quand la promesse a été publiée à titre de simple information, par acte sous seing privé, les solutions sont les mêmes que pour la

---

[1363] O. Barret, *loc.cit.*, n° 206.

[1364] J. Schmidt-Szalewski, « La période précontractuelle en droit français », *loc.cit.*, p 564.

[1365] Cass. 3e civ., 7 janvier 1987, *Bull.civ.* III, 1987, p. 4 ; Cass. 1er civ., 20 juillet 1981, *Bull.civ.* 1981.I.267 ; Cass. 3e civ., 7 avril 1993, n° 91-10.032, *Bull.civ.* III, 1993, p. 55 ; *Defrénois* 1993, art. 35617, n° 104, obs. L. Aynès.

[1366] O. Barret, *loc.cit.*, n° 209.

promesse unilatérale de vente. Ainsi, le tiers pourra prouver son ignorance de l'existence de la promesse malgré sa publication. Et lorsque la mauvaise foi du tiers est prouvée, l'annulation du contrat est possible.

« *Parfois la promesse synallagmatique n'a pas pour objet la conclusion d'un contrat déterminé, mais d'une série de contrats à venir. Elle s'apparente alors aux contrat-cadre sans néanmoins se confondre avec eux* »[1367].

[1367] F. Terré, *op.cit.*, p. 216, n° 194.

CHAPITRE DEUXIÈME Le contrat-cadre

Le chapitre deuxième de ce second titre s'intéresse au contrat-cadre. C'est un instrument contractuel intermédiaire « *dont l'objet est de définir les grandes lignes d'une opération contractuelle et de régler […], le cadre des relations à venir des parties* »[1368]. Le chapitre est divisé en deux sections : la notion de contrat-cadre (Section 1) et le régime juridique du contrat cadre (Section 2).

Section 1. La notion de contrat-cadre

Avant de présenter la qualification juridique du contrat cadre (Sous-section 2), il nous paraît crucial d'exposer l'utilité pratique du contrat cadre (Sous-section 1).

Sous-section 1. Nécessité du contrat-cadre

À l'origine de la pratique du contrat-cadre se trouve la volonté de simplifier et d'uniformiser les relations contractuelles ultérieures. Ainsi, les parties, pour éviter de conduire des négociations répétitives lorsque de nombreux contrats identiques doivent être conclus dans l'avenir, peuvent prévoir un accord général préalable qui a pour rôle de déterminer les principales stipulations de contrat définitif. En effet, le contrat-cadre est la réponse juridique à un besoin pratique[1369].

La notion de *contrat-cadre* est assez récente dans l'évolution juridique et il est difficile de dater son apparition dans la jurisprudence. D'une manière générale, les premières formules remontent à la fin des années 1920. Ainsi, dans un arrêt du 4 janvier 1929, la Cour de Paris pose la distinction entre le contrat de base et les ventes subséquentes, même si elle n'utilise

---

[1368] P. Delebecque, F.-J. Pansier, *Droit des obligations. Contrat et quasi-contrat*, 6e éd., LexisNexis, Paris, 2013, p. 57, n° 90.

[1369] F. Pollaud-Dulian, A. Ronzano, A. Reygrobellet, « Le contrat-cadre en France », *in* A. Sayag (*dir.*), *Le contrat-cadre. 1. Exploration comparative*, Litec, Paris, 1994, p. 16, n° 15.

pas le terme de contrat-cadre[1370]. Si l'expression « *convention-cadre* » a commencé à être utilisée dès 1966, la perception de cette notion est toutefois assez sommaire[1371].

C'est n'est qu'en 1978 que la Cour de cassation a consacré le « *contrat-cadre* »[1372] et c'est par l'arrêt du 1er décembre 1995 de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation relatif aux effets de l'indétermination du prix des contrats ultérieurs qu'une nouvelle étape vers la consécration définitive de la notion a été franchie[1373].

Le contrat-cadre est défini comme la « *convention initiale, également nommée convention-cadre ou accord-cadre, qui prévoit le développement de relations contractuelles et la conclusion de contrats ultérieurs, figure juridique malléable, destinée dans le monde des affaires [banque, distribution, entretien de matériel] à jeter les bases d'une coopération durable entre acteurs économiques ou au moins à les favoriser* »[1374]. Il peut également être défini comme l' « *accord de base qui encadre les conventions à intervenir de liens juridiques plus ou moins lâches selon qu'il comporte ou non d'obligation de contracter et de clauses d'exclusivité, et surtout selon qu'il détermine les conditions essentielles des contrats ultérieurs [dits en ce cas contrats d'application] ou qu'il en fixe seulement certaines modalités, laissant ouverte notamment la détermination du prix* »[1375].

Le nouveau Code civil roumain définit le contrat-cadre au premier alinéa de l'article 1176 comme étant « *l'accord par lequel les parties conviennent de négocier, de conclure ou de maintenir des rapports contractuels dont les éléments essentiels sont déterminés par le contrat-cadre* ». Le second alinéa précise que « *la modalité d'exécution du contrat-cadre et spécialement le délai et le volume des prestations ainsi que, le cas échéant, leur prix sont déterminés par des conventions ultérieures* ».

[1370] C.A. Paris, 4 janvier 1929, *Gaz. Pal.* 1929.1.jur.710.

[1371] C.A. Paris, 26 janvier 1966.1.210, concl. Lecourtier.

[1372] Cass.com., 11 octobre 1972 (3 arrêts), *Bull.civ.* IV, n° 223, 224, 225, p. 188 et s. ; *D.* 1979, 135, note R. Houin ; *JCP G* 1979.II.19034, obs. Y. Loussouarn ; *Rev.jur.com.* 1979, 337, obs. P. Le Tourneau.

[1373] Cass.ass.plén., 1er décembre 1995, *Bull.civ.*, n° 7, 8, 9, p. 13 et s. ; *JCP G* 1996.II.22565, concl. M. Jéol, note J. Ghestin.

[1374] G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 10e éd., PUF, Paris, 2014, p. 260.

[1375] *Ibidem*.

En parfait accord avec la doctrine et jurisprudence françaises, la doctrine roumaine définit le contrat comme un instrument de simplification des rapports contractuels[1376]. Par ailleurs, les auteurs roumains ont affirmé que le contrat-cadre joue un double rôle[1377]. Premièrement, le contrat-cadre donne aux parties la possibilité d'organiser, par des obligations de faire et de ne pas faire, les modalités pour réaliser leur collaboration. Deuxièmement, en fixant d'avance les conditions de conclusion des contrats d'application et de leur exécution, le contrat-cadre facilite la relation contractuelle entre les parties.

Donc, en ayant recours au contrat-cadre, les parties fixent les principales règles qui vont diriger leurs rapports contractuels (les contrats d'application), à la lumière desquelles elles exécuteront les engagements précédemment pris[1378]. Il est « *une préface ou une introduction à ces rapports [...], le moule dans lequel viendront se fondre les relations contractuelles subséquentes* »[1379].

Cependant, il a été affirmé en doctrine que le contrat-cadre paraît à certains égards tenir du paradoxe[1380]. En effet, « *pourquoi, s'il s'agit de se lier à long terme, procéder par étapes plutôt que par un seul contrat à exécution successive ? Comment un instrument aussi complexe peut-il jouer un rôle de simplification ? Le contrat de base qui prépare les contrats d'application serait-il autre chose qu'un avant-contrat et, dans l'affirmation, pourquoi n'emprunterait-il pas plutôt la nature juridique de ces contrats d'application ? Si ce contrat de base a un caractère normatif et prépare la conclusion des contrats d'application, comment se fait-il que les éléments essentiels de ces derniers puissent ne pas être déterminés, voir déterminables, dans le contrat de base sans que cela remette en cause sa validité ? Comment le contrat-cadre peut-il obliger les parties, alors qu'il ne peut pas être assimilé à une promesse de contrat ? Si les éléments essentiels des contrats d'application restent à négocier, en quoi le contrat de base peut-il influer sur leur contenu ? Puisque les contrats sont distincts par leur objet, y a-t-il vraiment là un ensemble contractuel et en quoi peut résider la connexité*

[1376] L. Pop, I.-F. Popa, S.I. Vidu, *Trata elementar de drept civil. Obligatiile*, vol. II, Universul Juridic, Bucarest, 2012, p. 217.

[1377] *Ibidem*, p. 218.

[1378] F. Terre, *op.cit.*

[1379] P. Le Tourneau, « Quelques aspects de l'évolution des contrats », *in Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz-Sirey, Paris, 1985, p. 360, n° 24.

[1380] F. Pollaud-Dulian, A. Ronzano, « Le contrat-cadre, par-delà les paradoxes », *RTD com.* 1996, p. 179, n° 6.

des obligations créées dans ce qui constitue un véritable contrat, sans être obligées pourtant de passer les contrats d'application ? »[1381].

Toutefois, comme nous l'avons précédemment exposé, le contrat-cadre est la solution juridique à un problème pratique. Plus précisément, le contrat-cadre est l' « *instrument de standardisation et de simplification* »[1382] pour les hypothèses dans lesquelles des professionnels établissent entre eux des relations d'une certaine durée pour effectuer des opérations complexes. Par ailleurs, il représente le choix entre un contrat unique à exécution successive et la juxtaposition de plusieurs contrats indépendants qui peut se révéler insuffisants et inadaptés.

D'abord, le contrat-cadre est un instrument d'intégration car il a pour rôle d'équilibrer le flux de contrats en constituant un réseau et en le protégeant. Toutefois, l'architecture du contrat-cadre répond à deux impératifs contradictoires[1383]. D'une part, aux besoins de la distribution où le facteur d'intégration est un vecteur central et, d'autre part, aux besoins du commerce international, où le contrat-cadre n'a pas un rôle d'intégration mais, à l'inverse, de garder l'autonomie de la volonté des parties dans les opérations économiques qu'elles envisagent.

Également, le contrat-cadre a pour fonction de simplifier les relations contractuelles de sorte que, au moment de sa conclusion, les parties n'ont plus qu'à se mettre d'accord sur les éléments définitifs des contrats d'application. Ainsi, le contrat-cadre sert à délimiter le contenu des obligations des parties et leur mise en œuvre dans les futurs contrats subséquents, autrement dit, « *à définir la sphère d'activité de chacune d'elles afin d'éviter tout débordement hors de l'objet du contrat* »[1384].

Ensuite, étant donné que les relations d'affaires sont de plus en plus complexes et tendent à développer leurs effets sur une durée de plus en plus longue, les parties ne peuvent pas constamment se contenter d'échanger des consentements ponctuels et indépendants. Donc, pour assurer entre les parties un minimum de sécurité et pour éviter un abus, « *on contracte si l'on veut, quand on le veut, et puis on cesse toute relation du jour au lendemain sans même*

[1381] *Ibidem*.

[1382] *Ibid.*, n° 39.

[1383] F. Pollaud-Dulian, A. Ronzano, A. Reygrobellet, « Le contrat-cadre en France », *in* A. Sayag (*dir.*), *Le contrat-cadre. 1. Exploration comparative*, Litec, Paris, 1994, p. 16, n° 16.

[1384] *Ibidem*, p. 17, n° 17.

avoir à se justifier »[1385], les parties recourent à la notion de contrat-cadre au lieu de la formule classique de plusieurs contrats indépendants.

Les parties peuvent aussi envisager, à la place d'une juxtaposition de plusieurs contrats indépendants, la formule d'un contrat unique à exécution successive. Ceci a l'avantage de garantir une stabilité de la relation d'affaire et suppose que les parties aient prévu toutes les obligations qu'elles s'obligent à exécuter dans le futur. Cependant, si les parties ne sont pas en mesure de déterminer dès l'origine l'intensité ni la configuration de leurs relations d'affaire, il est préférable de se limiter à définir « *un cadre général de leur relation, celle-ci devant faire l'objet d'une série de contrats ultérieurs conclus au fur et à mesure de la réalisation des différentes opérations* »[1386].

Ainsi, les contractants élaborent un contrat-cadre pour qu'ils puissent s'engager en toute sécurité et envisager, en concluant des contrats d'application, la situation à un terme assez proche pour déterminer les éléments essentiels de l'accord.

Enfin, le contrat-cadre, « *par le nombre, par la diversité, par l'importance de ses stipulations, […] présente une spécificité qui le distingue et le met au-dessus des contrats d'applications* »[1387]. Ainsi, pour équilibrer le flux de contrats, les parties fondent une discipline propre et commune qui s'impose à elles pendant toute leur relation et qui a ses racines dans le contrat-cadre. Donc, de par sa qualité d'être la source de règles contractuelles, le contrat-cadre offre aux parties la possibilité de consacrer toute leur énergie à la détermination des éléments essentiels de l'accord au moment de la conclusion des contrats d'application.

Mais qu'est effectivement un *contrat-cadre* ? Quelle est sa nature juridique ?

Sous-section 2. La qualification juridique du contrat-cadre

Avant tout, le choix d'associer les termes *contrat* et *cadre* n'est pas aléatoire. *Primo*, c'est un *contrat* car il est le résultat d'un accord de volontés. C'est donc « *une convention par*

[1385] F. Pollaud-Dulian, A. Ronzano, *loc.cit.*, n° 13.

[1386] M. Fontaine, « Les contrats internationaux à long terme », *in Études offertes à Roger Houin. Problèmes d'actualité posés par les entreprises*, Dalloz-Sirey, Paris, 1985, p. 267.

[1387] P. Didier, « A propos du contrat de concession : la station service », *D.* 1966.56.

laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose » (article 1101 du Code civil français). Ainsi, le contrat-cadre est un « *accord de volontés qui sont exprimées en vue de produire des effets de droit* »[1388] et, par conséquent, une convention qui génère des obligations et précise leur sanction.

Secundo, c'est un *cadre* parce que, d'un côté il laisse une marge de négociation aux parties dans la suite de leur relation et, d'un autre côté il crée un espace délimité en limitant ainsi la liberté des parties[1389].

Quant à la nature juridique du contrat-cadre, celle-ci fait débat au sein de la doctrine française. En effet, certains considèrent que le contrat-cadre peut-être soit une promesse unilatérale, soit une promesse synallagmatique de contrat[1390], d'autres l'associent à un pacte d'option[1391] et d'autres encore le qualifient de figure juridique nouvelle et originale[1392].

Ainsi, dans une première conception doctrinale, lorsqu'au moins l'une des parties a exprimé son consentement relatif aux contrats d'application, le contrat-cadre peut être considéré comme une promesse de conclure les contrats d'application. En effet, le contrat-cadre peut être qualifié de promesse unilatérale relative aux contrats d'application « *si l'une des parties y donne son consentement à ces contrats qui seront formés au fur et à mesure que le bénéficiaire lèvera l'option qui lui a été consentie* »[1393], et de promesse synallagmatique « *si les deux parties y consentent par avance, ces contrats se formant lors de l'accomplissement des formalités qu'elles s'engagent à réaliser* »[1394].

D'une façon générale, le contrat-cadre est une construction qui oscille entre deux pôles, un simple avant-contrat et un contrat unique à exécution successive, sans pouvoir être associé

[1388] J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, « La formation du contrat. Le contrat - Le consentement », *in* J. Ghestin (*dir.*), *Traité de droit civil*, t. I, 4e éd., LGDJ, Paris, 2013, p. 29, n° 38.

[1389] F. Pollaud-Dulian, A. Ronzano, A. Reygrobellet, *op.cit.*, p. 64, n° 86 et 87 ; A. Pirovano, « Introduction critique au droit commercial contemporain », *RTD com.* 1985, p. 249.

[1390] J. Schmidt, *Négociation et conclusion des contrats*, Dalloz, Paris, 1982, p. 231, n° 434.

[1391] *Ibidem*.

[1392] F. Pollaud-Dulian, A. Ronzano, A. Reygrobellet, *op.cit.*, p. 66, n° 89 ; F. Pollaud-Dulian, A. Ronzano, *loc.cit.*, n° 17 ; P. Malinvaud, *Droit des obligations*, 10e éd, Litec, Paris, 2007, p. 41, n° 58.

[1393] J. Schmidt, *op.cit.*

[1394] *Ibidem*.

à l'un des deux. Ainsi, en matérialisant les mots de Rousseau qui affirme qu' « *il n'y a donc point de liberté sans loi* »[1395], le contrat-cadre ne serait qu'un avant-contrat (donc une convention qui tient « *lieu de loi à ceux qui les ont faites* » selon l'article 1134, alinéa 1er du Code civil français) qui donne « *la plus grande liberté dans la réalisation de la suite des relations entre les parties* »[1396]. Au pôle opposé, le contrat-cadre serait un contrat à long terme qui prévoit la suite des relations, ramenant l'ensemble de l'opération à un contrat unique à exécution successive.

Vu son caractère permanent et global, le contrat-cadre ne peut pas être non plus un accord partiel au sens d'une convention conclue au cours des pourparlers qui a pour rôle de fixer les points de la négociation sur lesquels les parties se sont mises d'accord. Plus concrètement, les avant-contrats se caractérisent par leur caractère transitoire. Alors qu'au moment de la conclusion du contrat définitif les avant-contrats prennent fin, le contrat-cadre reste en vigueur jusqu'à la cessation de toute relation entre les parties[1397].

Donc, les contrats cadres représentent une catégorie nouvelle et originale de contrats qui se forment dans la phase des pourparlers et « *qui établissent les règles de base du contrat et sur lesquels se grefferont des contrats successifs, ou en tout cas des commandes successives* »[1398]. D'ailleurs, en prenant acte de cette catégorie de contrat, l'avant-projet Catala prévoit à l'article 1102-6 que le contrat-cadre est « *un accord de base par lequel les parties conviennent de négocier, nouer ou entretenir des relations contractuelles dont elles déterminent les caractéristiques essentielles* ». L'article ajoute que « *des conventions d'application en précisent les modalités d'exécution, notamment la date et le volume des prestations, ainsi que, le cas échéant, le prix de celles-ci* ».

En conclusion, le contrat-cadre peut se caractériser comme un contrat destiné à accompagner les rapports futurs des parties jusqu'à la fin de leur relation économique, et non comme un accord préparatoire dont les effets s'arrêteraient au moment de la conclusion du contrat définitif ; c'est d'une part un outil complexe qui combine diverses qualifications, obligations et techniques juridiques, et c'est d'autre part un instrument de simplification des

---

[1395] J.J. Rousseau, *Lettres écrites de la montagne*. *Seconde partie, Huitième lettre*, Marc Michel Rey., Amsterdam, 1764, p. 221.

[1396] F. Pollaud-Dulian, A. Ronzano, A. Reygrobellet, *ibidem*.

[1397] *Ibid.*, p. 67, n° 90.

[1398] P. Malinvaud, *ibidem*.

relations entre les partenaires facilitant la conclusion des contrats d'application ; c'est enfin un contrat auquel les contrats d'application sont subordonnés, donc un « *constructeur* » de hiérarchie de contrats[1399].

Section 2. Le régime juridique du contrat-cadre

La seconde section permettra d'analyse d'une part les conditions de validité du contrat-cadre (Sous-section 1) et, d'autre part, les conditions de mise en jeu de la responsabilité civile (Sous-section 2).

Sous-section 1. Les conditions de validité du contrat-cadre et des contrats d'application

Toutefois, afin de déterminer les conditions de validité du contrat-cadre, nous allons présenter la spécificité de lien entre le contrat-cadre et les contrats d'application.

Le contrat-cadre, en ayant une construction originale et en se distinguant de ses contrats d'application, implique un régime juridique *sui generis*. En effet, le contrat-cadre, même considéré comme un contrat préparatoire, a une originalité qui retombe sur l'unité de l'ensemble contractuel combiné des contrats. Les contrats d'application, à leur tour, prennent en général la forme de contrats nommés.

Cependant, la détermination de ce régime pose des problèmes qui trouvent une solution dans la caractérisation du lien entre le contrat-cadre et les contrats d'application. Ainsi, « *contrat-cadre et contrats d'application sont étroitement unis tant juridiquement qu'économiquement. Ils sont complémentaires* »[1400]. Mais, « *le contrat-cadre perdrait sa raison d'être si, d'aventure, les contrats d'application ne naissaient point : il manquerait, en vérité, de cause* »[1401].

[1399] J.-M. Mousseron, J.-J. Burst, N. Chollet, C. Lavabre, J.-M. Leloup, A. Seube, *Droit de la distribution*, Litec, Paris, 1975, p. 162, n° 195.

[1400] *Ibidem*.

[1401] *Ibid.*

Par opposition, si du point de vue économique, l'objet du contrat-cadre ne se concrétise pas à travers la conclusion des contrats d'application, et donc qu'il n'y a pas de profit, il ne s'ensuit pas automatiquement, du point de vue juridique, que le contrat-cadre perd sa cause et devient ainsi caduque[1402]. En conséquence, dès qu'aucune obligation prévue par les parties dans le contrat de base n'aura été violée ou inexécutée, les engagements souscrits subsisteront[1403].

Autrement dit, la nature du lien entre le contrat-cadre et les contrats d'application sont également placés sous le signe de l'originalité et de l'interdépendance car les deux contrats poursuivent la réalisation d'un but commun.

Le contrat-cadre comme les contrats d'application, en tant que contrats, doivent respecter, d'une manière générale, les quatre conditions de validité exigées par l'article 1108 du Code civil français et l'article 1178 du nouveau Code civil roumain. Pour éviter les répétitions, notre analyse se concentrera sur les conditions qui présentent une particularité en matière de contrats cadres, c'est-à-dire les conditions qui ont trait au consentement des parties et à l'objet du contrat, ainsi que les conditions intrinsèques aux contrats d'application.

D'abord, le contrat-cadre doit être le résultat des consentements des parties non viciés, avoir un objet déterminé ou déterminable et une cause licite. Aussi, les parties doivent avoir la capacité de contracter.

Premièrement, l'article 1109 du Code civil français dispose qu' « *il n'y a point de consentement valable si le consentement n'a été donné que par erreur ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol* ». Le nouveau Code civil roumain énonce les cas de vices du consentement à l'article 1206[1404]. Donc, le consentement des parties donné au contrat-cadre doit être exempt de vice.

Ce principe du droit commun a donné lieu à un développement particulier en matière de distribution. En effet, pour garantir la liberté du consentement des parties, l'article L. 330-3 du Code de commerce français, à l'alinéa 1er prévoit l'obligation d'une personne de mettre « *à la disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne, en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité pour l'exercice de son*

[1402] F. Pollaud-Dulian, A. Ronzano, A. Reygrobellet, *op.cit.*, p. 87, n° 124.

[1403] Cass.com., 2 février 1971, *Bull.civ.* IV, n° 32, p. 34.

[1404] L'art. 1206 du n.C.civ.ro. : « *(1) Le consentement est vicié lorsqu'il est donné par erreur, surpris par dol, ou extorqué par violence. (2) De même, le consentement est vicié en cas de lésion* ».

activité [...] ». Le texte de cet article tend à mettre la personne en état d'apprécier la valeur et la solidité du réseau, ainsi que la portée des engagements qu'on lui propose de souscrire[1405]. Ainsi, en matière de contrats de franchise ou de concession par exemple, le franchiseur ou le concédant a l'obligation de fournir à son partenaire un document contenant des renseignements détaillés, notamment sur la forme sociale de l'entreprise, son identité et celle de ses dirigeants, la situation juridique de la marque, les domiciliations bancaires, l'évolution et la situation du réseau, la durée du futur contrat, les conditions de renouvellement, de résiliation et de cession du contrat ainsi que le champ des exclusivités.

De façon générale, les parties aux contrats d'application sont celles qui ont conclu le contrat-cadre. Il arrive cependant qu'il en soit autrement[1406]. Par exemple, dans les contrats d'approvisionnement comme les contrats de bière, le fournisseur du cafetier n'est pas l'autre partie au contrat-cadre, c'est-à-dire la brasserie mais un grossiste qui n'a d'ailleurs pas la qualité de mandataire de cette dernière.

Il peut arriver aussi que les deux parties soient différentes. C'est l'hypothèse des conventions collectives de travail où les parties qui les concluent ne sont pas les mêmes que les parties aux contrats de travail individuels. L'effet obligatoire du contrat de base sur les contrats d'application s'explique soit par une exception admise au principe de l'effet relatif des contrats posé par l'article 1165 du Code civil français[1407], soit par la représentation de

---

[1405] L'art. L. 330-3 du C.com. : « *Toute personne qui met à la disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne, en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité pour l'exercice de son activité, est tenue, préalablement à la signature de tout contrat conclu dans l'intérêt commun des deux parties, de fournir à l'autre partie un document donnant des informations sincères, qui lui permette de s'engager en connaissance de cause.*

Ce document, dont le contenu est fixé par décret, précise notamment l'ancienneté et l'expérience de l'entreprise, l'état et les perspectives de développement du marché concerné, l'importance du réseau d'exploitants, la durée, les conditions de renouvellement, de résiliation et de cession du contrat ainsi que le champ des exclusivités.

Lorsque le versement d'une somme est exigé préalablement à la signature du contrat mentionné ci-dessus, notamment pour obtenir la réservation d'une zone, les prestations assurées en contrepartie de cette somme sont précisées par écrit, ainsi que les obligations réciproques des parties en cas de dédit.

Le document prévu au premier alinéa ainsi que le projet de contrat sont communiqués vingt jours minimum avant la signature du contrat, ou, le cas échéant, avant le versement de la somme mentionnée à l'alinéa précédent ».

[1406] J. Schmidt, *op.cit.*, p. 235, n° 443.

[1407] L'art. 1165 C.civ.fr. : « *Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes [...]* ».

l'une au moins des parties du contrat individuel par l'organisme signataire de l'accord collectif[1408].

Deuxièmement, la condition tenant à la détermination de l'objet du contrat-cadre a fait l'objet de discussions. Le droit français comme le droit roumain exigent que l'objet du contrat soit déterminé[1409] ou au moins déterminable[1410]. Il a été accepté que par l'objet du contrat, il se désigner « *l'objet de l'opération juridique voulue par les parties* »[1411]. Ainsi, l'objet principal du contrat-cadre est la conclusion des contrats d'application. C'est-à-dire, la mise en place d'un courant d'affaires entre les parties, donc la négociation et la réalisation d'une collaboration.

Or, « *si l'on admet que l'objet d'un contrat est l'obligation principale qu'il prévoit, il peut être parfois difficile de le cerner dans un contrat-cadre en raison de la diversité de fonctions que remplit cette convention* »[1412]. En effet, il y a des contrats cadres qui ne portent pas directement sur la négociation et la conclusion des contrats d'application, mais qui comportent d'autres stipulations.

De cette façon, le contrat-cadre présente une diversité d'objets et fait partie d'un ensemble contractuel vaste qui a pour but d'organiser tout un « *écheveau* » de relations, dont les contrats d'application ne sont pas forcément essentiels[1413]. Par conséquent, il existe d'une part des contrats-cadre qui ont pour objet la préparation de la conclusion des contrats d'application (comme le contrat de maintenance ou les contrats d'approvisionnement qui permettent au distributeur de s'approvisionner auprès du fournisseur de son choix si son

---

[1408] J. Schmidt, *ibidem*.

[1409] L'art. 1225 du n.C.civ.ro. : « *(1) Constitue l'objet du contrat l'opération juridique telle que la vente, la location, le prêt et autres, convenue entre les parties, ainsi qu'elle ressort de l'ensemble des droits et obligations contractuels. (2) L'objet du contrat doit être déterminé et licite, sous peine de nullité absolue. (3) L'objet est illicite lorsqu'il est prohibé par la loi ou qu'il contrevient à l'ordre public ou aux bonnes mœurs* ».

[1410] L'art. 1129 C.civ.fr. : « *Il faut que l'obligation ait pour objet une chose au moins déterminée quant à son espèce. La quotité de la chose peut être incertaine, pourvu qu'elle puisse être déterminée* ».

[1411] J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, « La formation du contrat. L'objet et la cause – Les nullités », *in* J. Ghestin, *Traité de droit civil*, t. II, 4e éd., LGDJ, Paris, 2013, p. 46, n° 57.

[1412] J. Schmidt, *op.cit.*, p. 236, n° 444.

[1413] *Ibidem.*

partenaire est dans l'impossibilité de répondre à la demande) ; et, d'autre part des contrats-cadre qui ne contiennent aucune obligation de conclure des contrats d'application[1414].

Le problème le plus complexe relatif à l'exigence de détermination de l'objet dans le contrat-cadre est celui lié à la détermination du prix. Les dispositions du Code civil français exigent que dans certains contrats, comme les contrats de prêt, de bail, d'habitation, de travail ou de vente, le prix soit déterminé ou déterminable au moment du paiement en fonction des seules informations inscrites dans le contrat[1415].

La jurisprudence[1416] a élargi cette condition aux autres contrats à titre onéreux en la fondant non plus sur les deux textes précités relatifs à la vente (les articles 1591 et 1595) mais sur l'article 1129 du Code civil[1417]. En effet, pendant longtemps, la jurisprudence rappelait constamment et fermement que le contrat-cadre devait, à peine de nullité, comporter une clause rendant le prix déterminé ou déterminable[1418]. La doctrine a même qualifié cette période de « *chasse à la nullité pour indétermination du prix* »[1419].

La Cour de cassation française a opéré un revirement de jurisprudence en 1995 en affirmant que l'article 1129 du Code civil, qui vise seulement la détermination de la chose, n'est « *pas applicable à la détermination du prix* »[1420]. Ainsi, cette décision a des effets pratiques importants, notamment en matière de distribution où le contrat-cadre est considéré valable même s'il ne contient pas le prix des contrats ultérieurs[1421].

[1414] À titre d'exemple, dans le contrat de maintenance, il est évident que le bénéficiaire du service ne fera appel à la société d'entretien que si cela est nécessaire.

[1415] L'art. 1591 du C.civ.fr. : « *Le prix de la vente doit être déterminé et désigné par les parties* » ; l'art. 1592 du C.civ.fr. : « *Il peut cependant être laissé à l'arbitrage d'un tiers ; si le tiers ne veut ou ne peut faire l'estimation, il n'y a point de vente* ».

[1416] Cass.com., 11 octobre 1978, *D*. 1979, p. 135, note R. Houi ; *JCP* 1979.II.19034, note Y. Loussouarn.

[1417] J.M. Mousseron, P. Mousseron, J. Raynard, J.-B. Seube, *Technique contractuelle*, 4e éd., Francis Lefebvre, Levallois, 2010, p. 179, n° 382.

[1418] H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile. Obligations, contrats spéciaux, sûretés*, 12e éd., Dalloz, Paris, 2008, p. 80 et s.

[1419] Cass. 1er civ., 28 juin 1988, n° 86-12812, *Bull.civ.* I, 1988, p. 148, note. P. Malauvrie, *D*. 1989, p. 122.

[1420] Cass.ass.plén., 1er décembre 1995, n° 93-13688, *Bull.A.P.* 1995, p. 16, n° 9.

[1421] « *Lorsqu'une convention prévoit la conclusion de contrats ultérieurs, l'indétermination du prix de ces contrats dans la convention initiale n'affecte pas, sauf dispositions légales particulières, la validité de celle-ci,*

Pourtant, « *l'abandon de la nullité au stade de la formation du contrat ne signifie pas l'absence de tout contrôle au cours de son exécution : il faut éviter qu'une partie profite de sa position de force pour fixer unilatéralement des prix abusifs* »[1422]. Les juges sanctionneront l'abus dans la fixation du prix par l'octroi de dommages et intérêts ou par la résiliation du contrat. Ainsi, la jurisprudence de la Cour de cassation française[1423] s'est déplacée de la validité du contrat-cadre vers la police de l'abus et donc la responsabilité civile[1424].

Suite à ce revirement de jurisprudence, une partie de la doctrine s'est demandé si, par l'arrêt du 1er décembre 1995, la Cour de cassation s'accommodait « *uniquement d'un prix déterminable unilatéralement par l'une des parties ou également d'un défaut complet du prix* » [1425].

En effet, il y a une différence entre le fait de stipuler dans un contrat-cadre que le prix des fournitures à venir sera fixé par référence au tarif du fournisseur et ne rien prévoir du tout. Autrement dit, dans la première hypothèse, il existe entre les parties un accord de volontés sur le mode de fixation du prix, alors que dans la seconde, il n'y a entre les parties aucun accord sur le prix ni sur son mode de détermination, de sorte que seul un nouvel accord ultérieur des parties, intervenant à l'occasion de chaque application du contrat-cadre, devrait permettre de fixer le prix.

À la lumière des dispositions de l'article 1135 du Code civil français[1426], la doctrine a suggéré d'appliquer l'usage selon lequel, même en l'absence de clause se référant au tarif du fournisseur, le prix serait déterminé par le fournisseur lorsqu'une convention prévoit la conclusion de contrats ultérieurs[1427].

---

l'abus dans la fixation du prix ne donnant lieu qu'à résiliation ou indemnisation », Cass.ass.plén., 1er décembre 1995, n° 91-15999 et n° 91-15578, *Bull.A.P.* 1995, n°7, p. 13.

[1422] B. Fages, *Droit des obligations*, 4e éd., LGDJ, Paris, 2013, p. 131, n° 154.

[1423] Cass.com., 28 mars 2000 et 6 juin 2000, *Cah.dr.ent.* 2/2001, p. 28, obs. J.L. Respaud et D. Mainguy.

[1424] J.M. Mousseron, P. Mousseron, J. Raynard, J.-B. Seube, *Technique contractuelle*, 4e éd., Francis Lefebvre, Levallois, 2010, p. 180, n° 383.

[1425] H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op.cit.*, p. 85, n° 14.

[1426] L'art. 1135 du C.civ.fr. : « *Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature* ».

[1427] H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op.cit.*, p. 86, n° 17.

En droit roumain, lorsque le prix ou tout autre élément du contrat est à déterminer par un tiers, ce dernier doit agir de façon correcte, diligente et impartiale (article 1231, alinéa 1er du nouveau Code civil). L'article 1233 du nouveau Code civil relatif à la détermination du prix entre professionnels prévoit en outre que « *si un contrat conclu entre professionnels ne fixe pas le prix ni n'indique une modalité pour le déterminer, il est présumé que les parties ont envisagé le prix pratiqué habituellement dans le domaine concerné pour les mêmes prestations, réalisées à des conditions comparables ou, à défaut d'un tel prix, un prix raisonnable* ». La situation où le prix sera fixé par rapport à un indice de référence est d'ailleurs prévue dans le nouveau code roumain[1428].

Par ailleurs, au plan international, la Convention de Vienne du 11 avril 1980 relative à la vente internationale de marchandises (CVIM) admet, à l'article 55, que si le prix d'une vente internationale est indéterminé et indéterminable, « *les parties sont réputées, sauf indications contraires, s'être tacitement référées aux prix habituellement pratiqué au moment de la conclusion du contrat, dans la branche commerciale considérée, pour les mêmes marchandises vendues dans des circonstances comparables* ». Les Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international prévoient eux aussi des règles analogues[1429].

Les projets d'harmonisations contiennent à leur tour des règles relatives à la détermination du prix. Ainsi, l'article 73 du Projet de droit commun européen de la vente prévoit que lorsque le prix à payer ne peut être déterminé, il sera « *celui normalement facturé dans des circonstances comparables au moment de la conclusion du contrat ou, à défaut d'un tel prix, un prix raisonnable* ». L'article II. – 9 : 104 du Projet de cadre commun de référence dispose aussi que « *lorsque le prix à payer en vertu d'un contrat ne peut être déterminé à partir de ses stipulations, de toute autre règle de droit applicable ou des usages ou pratiques, ce prix est celui normalement réclamé dans des circonstances comparables au moment de la conclusion, ou, faute de disposer d'un tel prix, un prix raisonnable* ». Et, à l'article 6 :104, les

---

[1428] L'art. 1234 du n.C.civ.ro. : « *Lorsque, conformément au contrat, le prix est déterminé par rapport à un indice de référence et que l'indice n'existe pas, a cessé d'exister ou n'est plus accessible, il est remplacé, en l'absence de convention contraire, par l'indice de référence le plus proche* ».

[1429] L'art. 5.1.7, pt. 1 des Principes UNIDROIT : « *Lorsque le contrat ne fixe pas de prix ou ne prévoit pas le moyen de le déterminer, les parties sont réputées, sauf indication contraire, s'être référées au prix habituellement pratiqué lors de la conclusion du contrat, dans la branche commerciale considérée dans des circonstances comparables ou, à défaut d'un tel prix, à un prix raisonnable* ».

Principes du droit européen du contrat énoncent que lorsque « *le contrat ne fixe pas le prix ou la façon de le déterminer, les parties sont censées être convenues d'un prix raisonnable* ».

En conclusion, la détermination du prix dans le silence des parties se fera par rapport à l'usage et à la pratique nationale et internationale[1430] ainsi qu'en se rapportant à un prix raisonnable, habituellement ou normalement réclamé dans des circonstances similaires au moment de la conclusion du contrat-cadre.

Troisièmement, pour que les contrats cadres soient valablement conclus, les parties doivent poursuivre une cause licite. L'article 1235 du nouveau Code civil roumain prévoit que « *la cause est le motif qui détermine chaque partie à conclure le contrat* ».

Quant au contrat-cadre, la cause recouvre deux réalités[1431]. D'un côté, dans les contrats synallagmatiques, la cause représente pour chaque partie la contre-prestation de l'autre. Pourtant, la cause pourrait faire défaut dans la situation du franchiseur qui n'apporte, en fait,

---

[1430] L'art. 68 « *Usages et pratiques dans les contrats entre professionnels* », du Projet de droit commun européen de la vente : « *1. Dans un contrat entre professionnels, les parties sont liées par les usages sur l'applicabilité desquels elles se sont accordées et par les pratiques qu'elles ont établies entre elles. 2. Les parties sont liées par un usage que des professionnels placés dans la même situation qu'elles considéreraient comme généralement applicable. 3. Les usages et pratiques ne lient pas les parties dans la mesure où ils sont contraires aux clauses du contrat qui ont fait l'objet d'une négociation individuelle ou à des règles impératives du droit commun européen de la vente* » ; l'art. 9 de CVIM : « *1. Les parties sont liées par les usages auxquels elles ont consenti et par les habitudes qui se sont établies entre elles. 2. Sauf convention contraire des parties, celles-ci sont réputées s'être tacitement référées dans le contrat et pour sa formation à tout usage dont elles avaient connaissance ou auraient dû avoir connaissance et qui, dans le commerce international, est largement connu et régulièrement observé par les parties à des contrats de même type dans la branche commerciale considérée* » ; l'art. 1.9, « *Usages et pratiques* », des Principes UNIDROIT : « *1. Les parties sont liées par les usages auxquels elles ont consenti, ainsi que par les pratiques qu'elles ont établies entre-elles. 2. Elles sont liées par tout usage qui, dans le commerce international, est largement connu et régulièrement observé par les parties à des contrats dans la branche commerciale considérée, à moins que son application ne soit déraisonnable* » ; l'art. 1 : 105, « *Usages et pratiques* », des Principes du droit européen du contrat : « *1. Les parties sont liées par les usages auxquels elles ont consenti et par les pratiques qu'elles ont établies entre elles. 2. Elles sont liées par tout usage que des personnes placées la même situation qu'elles tiendraient pour généralement applicable, à moins que sont application ne soit déraisonnable* » ; l'art. II. – 1 : 104, « *Usages et pratiques* », du Projet de cadre commun de référence : « *1. Les parties à un contrat sont liées par les usages auxquels elles sont consenties et par les pratiques qu'elles ont établies entre elles. 2. Elles sont liées par un usage que situation qu'elles tiendraient moins que son application ne soit déraisonnable. 3. Sous réserve des adaptations nécessaires le présent article s'applique aux autres actes juridiques* ».

[1431] F. Pollaud-Dulian, A. Ronzano, A. Reygrobellet, « Le contrat-cadre en France », *op.cit.*, p. 108, n° 150.

aucun savoir-faire[1432]. D'un autre côté, la cause est considérée comme le but poursuivi par les parties en contractant[1433]. Cependant, la notion de cause du contrat-cadre ne s'intègre que dans cette seconde perspective. Ainsi, c'est le courant d'affaires avec les avantages et les désavantages qui constituent la cause.

Toutefois, la jurisprudence est pauvre en matière de cause de contrat-cadre sous l'un ou l'autre aspect qui vient d'être présenté.

Enfin, les contrats d'application doivent remplir les mêmes conditions de validité que le contrat-cadre. D'une manière générale, les conditions de validité des contrats d'application ne soulèvent pas de difficultés. L'objet du contrat d'application est en principe clair, il doit être déterminé ou déterminable. Pourtant, les contrats d'application ont un objet particulier par rapport au contrat-cadre. En effet, ils ont pour objet l'exécution de la prestation promise, sur laquelle porte le contenu des obligations que fait naître l'accord de volontés[1434].

La cause du contrat d'application se trouve déjà fixée dans le contrat-cadre car, « *préalable nécessaire aux contrats d'application, la convention-cadre est la cause juridique* »[1435].

Toutefois, d'autres conditions spécifiques peuvent s'imposer aux contrats d'application en raison de sa nature. Par exemple, l'article 1250 du Code civil français, à l'alinéa 1er, dispose que, dans le cas de la subrogation conventionnelle, celle-ci « *doit être expresse et faite en même temps que le paiement* ».

Sous-section 2. La responsabilité civile applicable au contrat-cadre

Tout d'abord, dans l'hypothèse de l'inexécution d'une obligation, le créancier peut réclamer en justice et sur le fondement de l'article 1184, alinéa 1er et 3ème du Code civil

---

[1432] Cass.com., 9 octobre 1990, *RJDA* 1991, p. 33, n° 19.

[1433] H. Capitant, *De la cause des obligations*, 3e éd., Dalloz, Paris, 1927.

[1434] F. Pollaud-Dulian, A. Ronzano, A. Reygrobellet, *op.cit.*, p. 109, n° 152.

[1435] P. Didier, « À propos du contrat de concession : la station-service », *D.* 1966, p. 56.

français[1436] la résolution du contrat. Toutefois, à l'alinéa 2ème de même article, il est prévu que si le contrat n'est résolu de plein droit, le créancier « *a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts* ».

La résolution du contrat-cadre met fin à l'obligation de conclure les contrats d'application et à l'exécution des contrats déjà conclus[1437]. Le créancier peut aussi prétendre à des dommages-intérêts compensatoires en réparation du préjudice résultant de l'inexécution.

Enfin, de manière classique, les relations contractuelles prennent fin à la rupture ou au non-renouvellement du contrat. En effet, la fin du contrat résulte soit de sa résiliation, soit du refus de renouvellement à l'arrivée du terme. Cependant, si la liberté des parties de ne pas renouveler le contrat a été reconnue dans la jurisprudence, l'abus dans l'exercice de cette liberté constitue une faute susceptible d'engager la responsabilité civile[1438]. La rupture de la relation contractuelle oblige les parties à respecter un préavis.

Ainsi, à la lumière des dispositions de l'article 1134, alinéa 2ème de Code civil français et de l'article 1170 du nouveau Code civil roumain[1439] qui prévoient que les conventions doivent être exécutées de bonne foi, et de celles de l'article L. 442-6 du Code de commerce français[1440], les juges doivent rechercher si la partie à l'origine de la rupture ne commet pas de

---

[1436] L'art. 1184, al. 1er du C.civ.fr. : « *La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement* » ; al. 3ème : « *La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances* ».

[1437] J. Schmidt, *op.cit.*, p. 243, n° 453.

[1438] « *Le non-renouvellement d'un contrat de concession venu à expiration est un droit pour le concédant qui n'engage sa responsabilité qu'en cas d'abus dans l'exercice de ce droit* », Cass.com., 11 juillet 1978, *Bull.civ.* IV, p. 167, n° 199; *RTD com.* 1979, p. 314, n° 15, obs. J. Hémard.

[1439] L'art. 1170 du n.C.civ.ro. : « *Les parties doivent agir avec bonne foi autant lors de la négociation et de la conclusion du contrat, que durant le temps de son exécution. Elles ne peuvent ni écarter ni limiter cette obligation* ».

[1440] L'art. L. 442-6, I, 4, 5 du C.com.fr.: « *I.- Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers : […] (4°) D'obtenir ou de tenter d'obtenir, sous la menace d'une rupture brutale totale ou partielle des relations commerciales, des conditions manifestement abusives concernant les prix, les délais de paiement, les modalités de vente ou les services ne relevant pas des obligations d'achat et de vente ; (5°) De rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale et respectant la durée minimale de préavis déterminée, en référence aux usages du*

faute constitutive d'un abus du droit de rompre les relations ou si elle n'est pas guidée par une intention de nuire à son cocontractant. Également, le juge a la possibilité de sanctionner l'absence d'intérêt sérieux dans l'exécution de ses obligations[1441]. Un commerçant ne peut rompre les relations commerciales qu'il entretient avec son cocontractant que s'il l'en informe au préalable et par écrit. Le même article du Code de commerce prévoit par exception une faculté de résiliation sans préavis en cas d'inexécution par l'autre partie de ses obligations ou en cas de force majeure[1442].

Le délai du préavis suffisant s'apprécie en tenant compte de la durée de la relation commerciale et des autres circonstances au moment de la notification de la rupture. En cas de préavis insuffisant, le préjudice en résultant est déterminé en fonction de la durée du préavis jugée nécessaire[1443].

L'application de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce français relatif au délai de préavis n'est pas conditionnée à l'existence d'un état de dépendance économique. Toutefois, il arrive que la jurisprudence ait tendance à prendre en compte la situation de dépendance économique dans laquelle se trouvait la victime pour apprécier la brutalité de la rupture[1444]. Par ailleurs, la Cour de cassation française a admis d'une façon implicite que la

---

commerce, par des accords interprofessionnels. Lorsque la relation commerciale porte sur la fourniture de produits sous marque de distributeur, la durée minimale de préavis est double de celle qui serait applicable si le produit n'était pas fourni sous marque de distributeur. A défaut de tels accords, des arrêtés du ministre chargé de l'économie peuvent, pour chaque catégorie de produits, fixer, en tenant compte des usages du commerce, un délai minimum de préavis et encadrer les conditions de rupture des relations commerciales, notamment en fonction de leur durée. Les dispositions qui précèdent ne font pas obstacle à la faculté de résiliation sans préavis, en cas d'inexécution par l'autre partie de ses obligations ou en cas de force majeure. Lorsque la rupture de la relation commerciale résulte d'une mise en concurrence par enchères à distance, la durée minimale de préavis est double de celle résultant de l'application des dispositions du présent alinéa dans les cas où la durée du préavis initial est de moins de six mois, et d'au moins un an dans les autres cas ; […] ».

[1441] F. Pollaud-Dulian, A. Ronzano, A. Reygrobellet, *op.cit.*, p.155, n° 226.

[1442] C. Lachièze, « *La rupture des relations commerciales à la croisée du droit commun et de droit de la concurrence* », *JCP E* 9 décembre 2004, p. 1966, n° 50.

[1443] Cass.com., 9 juillet 2013, n° 12-20.468, *D.* 2013, p.2324.

[1444] P. Arhel, « Transparence tarifaire et pratiques restrictives », *Rép.com.* janv. 2012, p. 77, n° 441.

situation de dépendance économique pouvait constituer un critère pour déterminer le délai à respecter[1445].

Pour conclure, nous pouvons affirmer que dans l'architecture contrat-cadre – contrats d'application, le contrat-cadre a pour rôle de fixer les limites dans lesquelles viennent s'inscrire les contrats d'application. En dépit de la distinction de l'objet du contrat-cadre de celui du contrat d'application, « *la réalisation de l'objet particulier du contrat d'application concourt à la réalisation du courant d'affaires, qui constitue l'objet du contrat de base* »[1446].

Toutefois, le contrat-cadre ne fixe pas les éléments essentiels des contrats d'application, qui restent à négocier. Il contient des clauses sur les modalités accessoires de passation et d'exécution des contrats d'application. Ainsi, le contrat-cadre assure une standardisation des contrats d'application et, par là, crée un flux de contrats d'application interconnectés.

En conclusion, l'originalité de cette structure du contrat tient essentiellement au lien particulier qui unit le contrat-cadre à ses contrats d'application. Autrement dit, c'est d'établir entre les parties un courant d'affaires durable, dans lequel la liberté contractuelle et la bonne foi ont une position centrale[1447].

[1445] Cass.com., 12 mai 2004, n° 01-12.865, *Bull.civ.* IV, p. 90, n° 86 ; C. Lachièze, « Notion de rupture brutale d'une relation commerciale établie », *JCP E*, 7 octobre 2004, p. 1592, n° 41.

[1446] F. Pollaud-Dulian, A. Ronzano, « Le contrat-cadre, par-delà les paradoxes », *loc.cit.*, n° 46.

[1447] F. Pollaud-Dulian, A. Ronzano, A. Reygrobellet, *op.cit.*, p. 161, n° 235.

CHAPITRE TROISIÈME Les autres avant-contrats

La troisième catégorie d'avant-contrats à analyser regroupe les accords comprenant les éléments essentiels du contrat définitif, ceux-ci étant imparfaitement déterminés. C'est l'exemple de l'engagement d'honneur dont les parties garantissent l'exécution avec loyauté ou de l'accord de principe qui fixe les éléments essentiels d'un contrat futur qui ont été acquis lors de la négociation. Le pacte de préférence par lequel une personne s'oblige envers une autre à lui proposer en priorité la conclusion d'un contrat si elle se décidait à le conclure, fait également partie de cette catégorie.

Section 1. Les accords de négociations

La première section présente les accords de négociations (Sous-section 1) qui, « *bien que non obligatoires, ne sont pas dénués de tout effet, en raison […] soit de leur ressemblance avec le contrat, mais dans un domaine extra-juridique – c'est l'accord d'honneur – […] ; soit de leur proximité avec le contrat qu'ils annoncent – c'est l'accord de principe* »[1448]. De même, l'étude des documents précontractuels et publicitaires sera envisagée dans cette catégorie (Sous-section 2).

Sous-section 1. L'engagement d'honneur

Les engagements d'honneur, « *appellation très britannique de gentlemen's agreement [accord entre gentilshommes]* »[1449] représentent les « *accords dont les parties subordonnent l'exécution à leur loyauté respective* »[1450].

[1448] P. Malaurie, L. Aynès, P. Stoffel-Munck, *Droit civil. Les obligations*, 6ème éd., Defrénois, Paris, 2013, p. 219.

[1449] J. Mestre, B. Fages, « Mais où sont passés les *gentlemen* ? », *RTD civ.* 2003, p.495.

[1450] P. Malaurie, L. Aynès, P. Stoffel-Munck, *op.cit.*, p. 219, n° 439.

La forme d'un engagement d'honneur peut être écrite, orale, ou même implicite, en faisant part d'un accord non verbal.

Par essence, le « *gentlemen's agreement* » est « *un engagement pris sur l'honneur seulement* »[1451] qui relève d'un « *devoir de conscience que le juge ne peut connaître tant qu'il reste un sentiment de l'âme [...]* »[1452]. En effet, « *il n'est pas d'autre obligation que l'obligation civile, car il ne peut y avoir d'obligation qui n'oblige pas. Toute la question est de savoir comment le devoir moral peut se transformer en obligation civile* »[1453].

Donc, les parties s'engagent dans des accords d'honneur pour maintenir hors du droit leur relation, en souhaitant « *se placer dans une sphère d'auto régulation, qui obéit à ses propres lois, sans être pour autant une zone d'anomie* »[1454] (§1). Cependant, la jurisprudence récente affirme que ces accords peuvent avoir la même valeur qu'un contrat ordinaire dont l'inexécution peut être sanctionnée. En effet, le débiteur, en s'engageant sur l'honneur, renforce son obligation[1455] (§2).

§1. L'engagement d'honneur, moyen de se soustraire aux sanctions juridiques

La jurisprudence française avait estimé qu'un acte fait par les parties qui ne contient qu'un engagement d'honneur n'a aucune force obligatoire[1456]. Ainsi, il ne peut être qu'un engagement moral[1457] ou une promesse politique dépourvue de tout effet juridique[1458], qui a été faite dans le but de ne pas engager juridiquement la relation envisagée.

[1451] B. Petit, S. Rouxel, « Contrats et obligations. Définition et classification des contrats », *JCL C.* 1er juillet 2013, p. 13, n° 22.

[1452] G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4e éd., LGDJ, Paris, 1949, p. 379, n° 194.

[1453] *Ibidem*, p. 380, n° 194.

[1454] B. Oppetit, « L'engagement d'honneur », *D.* 1979, chron., p. 111, n° 10.

[1455] P. Malaurie, L. Aynès, P. Stoffel-Munck, *op.cit.*

[1456] Cass.req., 25 février 1835, *Dalloz jurispr.gén.*, Vème *Déni de justice*, n° 14.

[1457] C.A. Paris, 30 avril 1984, *RTD civ.* 1985, obs. J. Mestre, p. 730 ; C.A. Bordeaux, 16 octobre 1985, *D.* 1989, jurispr., note I. Najjar, p. 436.

En effet, les parties peuvent entamer des relations qui, par leur nature ou leur qualité, sont en dehors du droit. Autrement dit, elles ne sont pas sanctionnable juridiquement, elles relèveront que des simples obligations morales. Ainsi, les engagements d'honneur seront qualifiés d'actes de pure complaisance ou de courtoisie, actes qui se situent en dehors de la sphère juridique.

Dans les relations internationales par exemple, et plus précisément dans le droit international public, la pratique des « *gentlemen's agreements* » désigne « *les accords internationaux dépourvus d'effets juridiques obligatoires* »[1459]. Ils sont interprétés comme des engagements qui ne comportent « *aucune obligation juridique directe pour les parties tout en les liant moralement* »[1460].

Toutefois, « *loin de déboucher dans l'anarchie, ces accords ont "lentement et progressivement secrété un autre droit différent" qui, sans être du droit positif étatique, reste du droit effectif quoique spontané, dans la mesure où les parties entendent bien se lier et respecter leur parole et leur signature* »[1461].

Par exemple, en droit commercial français, les engagements d'honneur ont la valeur obligatoire d'un contrat ordinaire[1462]. Ainsi, l'engagement est assorti d'une force obligatoire qui peut entraîner une sanction juridique en cas de violation de l'accord.

§2. Sanction de la violation de l'engagement d'honneur

En effet, « *la jurisprudence dominante tend [cependant], à l'heure actuelle, à réintégrer l'engagement d'honneur dans la sphère du droit : dès lors qu'il a été accepté,*

[1458] C.A. Paris, 18 octobre 1994, *RTD civ.* 1995, obs. J. Mestre, p. 351.

[1459] C. Rousseau, *Droit international public*, t. I, Dalloz, Paris, 1979, n° 47.

[1460] *Ibidem*.

[1461] B. Oppetit, « L'engagement d'honneur », *D.* 1979, chron., p. 109, n° 6.

[1462] P. Malaurie, L. Aynès, P. Stoffel-Munck, *op.cit.*., p. 219, n° 439.

l'engagement, même [ou a fortiori] s'il est pris sur l'honneur, devient un contrat juridiquement obligatoire »[1463].

Selon la doctrine classique, le contrat est conclu avec l'intention de créer des effets juridiquement obligatoires. Dans cette perspective, les engagements d'honneur, expression de la volonté psychologique, se distinguent des engagements juridiques créateurs d'obligations.

Il y a pourtant des auteurs qui affirment que, en dépit de la distinction entre l'acte contractuel et l'acte extracontractuel, il existe certains accords qui ont une portée juridique et produisent des effets juridiques sans avoir le caractère de véritables actes juridiques[1464]. En résumant leur pensée, la force obligatoire du contrat ne résulte pas de la seule volonté des parties, mais des conséquences que le droit tire de l'accord intervenu. Ainsi, une situation objective apparaît, « *à laquelle le droit confère un caractère juridique en accordant une action au créancier* »[1465].

Le juge n'hésite plus à attribuer une valeur juridique à un engagement d'honneur et à le sanctionner, malgré l'intention des parties de placer leur accord hors de l'effet du droit. À titre d'exemple, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation française a décidé qu'un époux est tenu par l'engagement, pris sur l'honneur, de ne pas réclamer la réduction de la pension alimentaire due à son épouse[1466]. De même, la chambre commerciale de la Cour de cassation a estimé qu'une société contracte une obligation juridiquement contraignante en s'engageant, fût-ce moralement, à ne pas copier les produits commercialisés par une autre société[1467] ; ou encore que l'engagement d'honneur d'apporter les fonds nécessaires à la poursuite de l'activité d'une société en redressement judiciaire oblige son auteur, dès lors que les

---

[1463] B. Petit, S. Rouxel, *loc.cit.*

[1464] G. Gorla, *Il contratto : problemi fondamentali trattati con il metofo comparativo et casistico*, vol. 2ème, Giuffre, Milano, 1954 ; G. Rouhette, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, thèse, Paris, 1965.

[1465] B. Oppetit, *loc.cit.*, p. 115, n° 19.

[1466] Cass. 2e civ., 27 novembre 1985, *Bull. civ*. 1985, II, n° 178 ; *RTD civ.* 1986, p. 749, obs. J. Mestre.

[1467] Cass.com., 23 janvier 2007, n° 05-13.189, *JurisData* n° 2007-037051 ; *Bull. civ*. 2007.IV.12 ; *D*. 2007, p. 442, obs. X. Delpech ; *RTD civ.* 2007, p. 340, obs. J. Mestre et B. Fages ; *Defrénois* 2007, p. 1027, obs. E. Savaux ; *RDC* 2007, p. 697, obs. Y.-M. Laithier.

circonstances permettent de donner au silence de la société la signification d'une acceptation[1468].

En conclusion, l'avantage de l'engagement d'honneur est sa grande flexibilité, en pouvant être en permanence adapté à la situation présente[1469]. Cependant, nous adhérons à l'opinion selon laquelle « *l'engagement d'honneur recèle de multiples paradoxes* »[1470]. Ainsi, même si la phase des négociations doit être gouvernée par le principe de l'autonomie de la volonté et, dans notre cas, par la liberté de placer l'engagement de dehors du droit, le droit peut sanctionner la violation du « *gentlemen's agreement* ». Dans le milieu des affaires, par exemple, les juges ont tendance à reconnaître que les engagements sur l'honneur lient leurs auteurs, en étant assimilés à de véritables actes juridiques[1471].

En pratique, la conclusion du contrat résulte d'un processus progressif au cours duquel la volonté des parties se forme. Il est possible que les partenaires, au cours des négociations, formalisent leur accord partiel par des accords de principe. Dans cette hypothèse, « *la question essentielle est, en cas de litige, de soupeser les intentions des parties pour apprécier dans quelle mesure elles se sentaient liées par leur accord* »[1472].

Sous-section 2. L'accord de principe

Nous voulons répondre à la question qui vient d'être posée en étudiant dans un premier temps la nature de l'accord de principe (§1) et, dans un second temps, en qualifiant l'obligation créée par un tel accord (§2).

[1468] Cass.com., 18 janv. 2011, n° 09-69.831, *JurisData* n° 2011-000395, *Bull.civ*. 2011.IV.3 ; *Contrats.conc.consom*. 2011, comm. 88, obs. L. Leveneur ; *D*. 2012, p. 459, obs. S.A. Mekki, M. Mekki ;*RDC* 2011, p. 789, obs. Y.-M. Laithier.

[1469] B. Mercadal, P. Janin, *Les contrats de coopération inter-entreprise*, Francis Lefebvre, Paris, 1974, p. 30, n° 43.

[1470] B. Oppetit, *loc.cit.*, p. 116, n° 19.

[1471] J.-M. Mousseron, M. Guibal, D. Mainguy, *L'avant-contrat*, Francis Lefebvre, Paris, 2001, p. 231, n° 392.

[1472] M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations. 1 - Contrat et engagement unilatéral*, 3e éd., PUF, Paris, 2012, p. 248.

§1. La nature juridique de l'accord de principe

La doctrine et la jurisprudence ont toujours tenté de savoir *« quelle est la nature juridique d'un accord de principe conclu au cours des pourparlers »*[1473].

Ainsi, l'accord de principe a été défini comme « *l'engagement contractuel de faire une offre ou de poursuivre une négociation en cours afin d'aboutir à la conclusion d'un contrat, dont l'objet n'est encore déterminé que de façon partielle et en tout cas insuffisante pour que le contrat soit formé* »[1474].

En réalité, ce type de contrat désigne différents accords qui peuvent intervenir dans la phase de formation du contrat. Parmi ceux-ci peuvent être cités, à titre d'exemple : les lettres d'intention, le « *memorandum of intent* », l'engagement d'honneur, les arrhes ou dédits, les clauses de dédit sans contrepartie, l'accord sur les éléments essentiels d'un contrat, la promesse unilatérale de contrat ou le contrat sous condition résolutoire.

En pratique, l'accord de principe n'est pas très souvent utilisé, la Cour de cassation l'ayant admis pour la première fois dans un arrêt du 24 mars 1958[1475]. Toutefois, la Cour, par un arrêt du 19 décembre 1989, refuse de considérer que dans la période précontractuelle un engagement peut être qualifié comme un accord de principe[1476].

Donc, l'accord de principe semble être plus complexe et présente un double aspect[1477]. Il est considéré d'un côté comme un engagement qui lie son auteur quant à un aboutissement sur les points fondamentaux du contrat et, d'un autre côté, il est apprécié comme un accord sans engagement.

[1473] S. Amrani-Mekki, « Droit des contrats janvier 2012 – janvier 2013 », *D.* 2013, p. 391.

[1474] J. Ghestin, *Traité de droit civil. La formation du contrat*, 3e éd., LGDJ, Paris, 1993, p. 316.

[1475] Cass.soc., 24 mars 1958, *JCP* 1958.II.10868, note J. Carbonnier.

[1476] Cass.soc., 19 décembre 1989, *D.* 1991.62 ; *Dr.soc.* 1990.149 concl. P. Waquet ; *RTD.civ.* 1991. 330, obs. J. Mestre.

[1477] I. Najjar, « L'accord de principe », *D.* 1991, p. 57.

Cette ambiguïté résulte de plusieurs situations[1478]. D'abord, c'est la diversité de formes que prend l'accord de principe qui rend difficile la classification d'un tel accord. Ainsi, il pourrait s'agir d'un engagement à négocier un second contrat de manière plus ou moins explicite ou de courriers qui peuvent être interprétés comme l'engagement de fournir une obligation de parrainage auprès d'une banque pour qu'une société filiale obtienne un crédit.

Ensuite, la difficulté provient des sens différents de la formule « *accord de principe* ». En effet, les parties peuvent conclure un accord de début des pourparlers qui a la forme d'un principe sur l'accord final. Cependant, dans cette hypothèse, les éléments essentiels du contrat définitif sont prévus dans le principe d'accord dès la conclusion de celui-ci. Il ne reste donc que les éléments accessoires à déterminer par les parties. Ainsi, il ne s'agit pas d'un accord de principe mais d'un contrat final car les volontés des parties se sont rencontrées sur les points essentiels.

Enfin, une dernière difficulté peut résulter du contenu de l'accord de principe. Ainsi, dans certaines hypothèses, les partenaires peuvent conclure des accords sur les points déjà acquis ; il s'agit alors de *punctations*, d'accords partiels qui ont pour but « *de marquer une pause et de dresser le bilan des points sur lesquels ils sont d'ores et déjà d'accord* »[1479]. Toutefois, même si certains éléments stipulés dans l'accord sont essentiels, la « *punctation* » ne représente qu'une étape dans le processus de formation du contrat et non le contrat projeté.

De façon générale, l'accord de principe se dissocie d'un contrat définitif car il est gravé avec une réserve et la fermeté de l'engagement est incertaine. Aussi, il se distingue des contrats définitifs mais qui sont révocables moyennant, par exemple, une indemnité. Un accord de principe se différencie ainsi du contrat stipulé avec arrhes ou avec clause de dédit, car dans les deux situations le contrat a été déjà conclu alors que dans le cas d'un accord de principe la conclusion est relative. Également, l'accord de principe ne s'identifie pas avec les contrats sous condition d'accomplir certaines formalités ou les promesses de porte-fort. Même si dans ces deux cas de contrats la perfection de l'acte est incomplète, ce sont des contrats définitifs.

[1478] L. Rozès, « Projets et accords de principe », *RTD civ.* 1998, p. 501 et s.

[1479] F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, 11e éd., Dalloz, Paris, 2013, p. 205, n° 187.

Les projets d'harmonisation de droit français contiennent des textes explicites relatifs à l'accord de principe. D'ailleurs, les articles 1104-1 et 1104-2 de l'avant-projet Catala et les articles 26 et 27 du projet Terré sont presque identiques[1480].

Les projets ne s'éloignent pas de la jurisprudence et ils prévoient que les parties qui ont conclu un accord de principe s'obligent à négocier avec bonne foi les éléments essentiels du contrat envisagé et à mettre en œuvre leurs meilleurs efforts pour arriver à la conclusion du contrat. Ainsi, les parties sont tenues de formuler des offres sérieuses en rapport avec l'objet des pourparlers et, de manière générale, d'avoir un comportement positif dans la recherche d'un accord. En revanche, l'accord de principe n'oblige pas à conclure le contrat, chacune des parties restant libre, en vertu du principe de la liberté de négocier, de rompre les négociations sans indemnité, dès lors qu'elle a respecté l'obligation de négocier de bonne foi[1481].

En droit roumain, l'accord de principe est un sujet d'analyse assez récent. D'ailleurs, ni l'ancien Code civil ni le nouveau Code civil ne l'envisage parmi les règles relatives à la formation du contrat. Il revenait donc à la doctrine de le présenter et de l'introduire dans le système roumain.

Comme la jurisprudence est pauvre sur ce sujet, les auteurs roumains ont importé la notion d'*accord de principe*. Avec comme source principale d'inspiration le droit français[1482], la doctrine roumaine l'a défini comme « *le contrat par lequel les parties s'engagent à*

[1480] L'art. 1104-1 de l'avant-projet Catala : « *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* » ; l'art. 26 du projet Terré : « *Les parties peuvent, par un accord de principe, s'engager à négocier ultérieurement un contrat dont les éléments sont à déterminer. Elles doivent alors concourir de bonne foi à leur détermination* » ; l'art. 1104-2 de l'avant-projet Catala : « *Le régime des accords destinés à aménager le déroulement ou la rupture des pourparlers est soumis aux dispositions du présent sous-titre* » ; l'art. 27 du projet Terré : « *Le régime des accords destinés à aménager le déroulement ou la rupture des pourparlers est soumis aux dispositions du présent Titre* ».

[1481] C.A. Paris 1er, 28 septembre 1976, *JCP* 1978.II.18810, note J. Robert.

[1482] Même si les projets de réforme français ont été parmi les modèles de référence, les rédacteurs du nouveau Code civil roumain n'ont pas codifié l'accord de principe.

négocier de bonne foi la conclusion d'un contrat futur, dont les éléments ne sont pas encore établis ou elles ne sont que partiellement fixées »[1483].

En n'étant pas réglementé spécifiquement par le Code civil roumain, l'accord de principe – nommé aussi en doctrine roumaine « *accord de négociation* »[1484] – est soumis aux conditions essentielles de validité du contrat de droit commun, c'est-à-dire la capacité de contracter, le consentement des parties, un objet déterminé et licite, une cause licite et morale (article 1179 du nouveau Code civil roumain).

Sans reprendre l'analyse faite en droit français, nous allons présenter une conception de la doctrine roumaine relative aux effets de l'accord de principe qui a retenu notre attention. Certains auteures[1485] affirme qu'il est « *erroné* » de dire que l'accord de principe crée une obligation de négocier un futur contrat ; cette obligation (de négocier) est une obligation de mener des pourparlers dans le but de conclure le contrat ; l'obligation de négociation est une obligation de moyens.

En réalité, d'après cette conception, l'obligation de négocier n'est pas une obligation de moyens mais une obligation de résultat car « *les parties s'obligent à quelque chose de plus précis : qu'elles vont négocier le contrat futur en prouvant équité et bonne foi* »[1486]. Par ailleurs, les auteurs ont déclaré, en se référant à l'obligation de négocier et à l'obligation de négocier avec bonne foi, que « *la dichotomie proposée par la doctrine française est artificielle* »[1487]. De leur point de vue, les deux obligations sont unies en formant « *l'obligation de négocier de bonne foi* ».

Donc, « *l'obligation de négociation a un contenu spécifique qui implique un résultat, mais pas suffisamment précis [les parties ne sont pas tenues de finaliser les négociations avec la conclusion du contrat], et la même obligation de négocier implique l'utilisation de moyens*

[1483] J. Goicovici, *Formarea progresiva a contractului*, Wolters Kluwer, Bucarest, 2008, p. 86, n° 58.

[1484] *Ibidem*.

[1485] J. Goicovici, « Acordul de principiu », *Dreptul* nr. 4/2002, p. 51 et s. ; J. Goicovici, *op.cit.*, p. 93 et s.

[1486] J. Goicovici, *op.cit.*, p. 92, n° 62.

[1487] *Ibidem*, p. 93, n° 63.

appropriés [la négociation doit être conduite de bonne foi, de manière loyale], en visant un résultat [avoir de fondement loyale et correcte pour le dialogue] »[1488].

On ne peut pas partager cette vision d'une partie de la doctrine roumaine. D'abord, parce que, à notre avis, l'obligation de bonne foi est une obligation de moyen. En effet, contrairement à l'obligation de résultat où le débiteur s'engage à atteindre le résultat promis, dans le cas de l'obligation de moyen le débiteur n'a pas le devoir « *[...] de parvenir à un résultat déterminé mais d'y appliquer ses soins et ses capacités de telle sorte que la responsabilité du débiteur n'est engagée que si le créancier prouve, de la part de ce débiteur, un manquement à ses devoirs de prudence et de diligence* »[1489].

À titre d'exemple, l'article 1534, alinéa 2ème du nouveau Code civil roumain dispose que « *le débiteur ne doit pas de dédommagement pour les préjudices que le créancier aurait pu éviter avec une diligence minime* ». Autrement dit, la bonne foi est l'attitude des parties d'agir avec toute leur diligence pour réduire le préjudice[1490].

Ensuite, le but poursuivi par les parties en s'engageant dans des négociations est d'arriver à conclure le contrat. L'accord de principe n'est qu'une étape dans le processus complexe de formation du contrat. *Mutatis mutandis*, il constitue un outil qui aide à parvenir au but final souhaité, la conclusion du contrat.

De l'opinion évoquée, on peut comprendre que les parties s'engagent dans des pourparlers pour avoir un comportement de bonne foi. Or, même si la bonne foi a un rôle essentiel dans la standardisation du comportement et la formation du consentement des parties, celle-ci est accessoire et sert à protéger la liberté des parties (*accesorium sequitur principale*).

Enfin, on ne peut pas non plus acquiescer à l'idée que l'obligation de négocier et celle de mener les pourparlers avec bonne foi soient unies par « *un lien indissoluble* »[1491]. En effet, les deux obligations ont des sources distinctes. D'un côté, la liberté de s'engager dans des négociations trouve ses racines dans le principe de l'autonomie de la volonté, principe qui est

---

[1488] *Ibid.*

[1489] G. Cornu, *op.cit.*, p. 700.

[1490] L. Pop, *op.cit.*, p. 136, n° 97.

[1491] J. Goicovici, *loc.cit.*, p. 53.

intrinsèque aux parties. De l'autre côté, l'obligation d'avoir un comportement de bonne foi est extrinsèque aux parties, elle s'impose à eux comme une limite[1492].

En conclusion, nous partageons l'opinion de Madame le professeur Schmidt selon laquelle « *l'accord de principe crée l'obligation d'entreprendre la négociation d'un contrat futur* »[1493]. Cette obligation est une obligation de moyen qui « *ne se traduit pas nécessairement par la conclusion du contrat, car même une négociation loyale peut échouer, si les parties ne parviennent pas à trouver une entente satisfaisant leurs intérêts* »[1494].

§2. La qualification de l'accord de principe

La qualification de l'accord principe est une opération délicate dont « *la difficulté vient de l'ambivalence du vocabulaire utilisé et de […] son absence pure et simple* »[1495].

De l'étude de la jurisprudence peuvent être dégagée des éléments de nature à individualiser la notion d'accord de principe. Ainsi, la Cour de cassation estime depuis 1958 que l'accord de principe n'est pas un engagement ferme[1496]. La Cour reste constante dans sa position qu'elle confirme dans un arrêt rendu le 19 décembre 1989 : l'accord de principe conclu avec un syndicat sur la réduction de la durée hebdomadaire de travail n'oblige pas l'employeur, seulement tenu d'une « *obligation de faire* »[1497].

Dans la même optique, par un arrêt plus récent, la chambre commerciale de la Cour de cassation française casse et annule l'arrêt rendu par la Cour d'appel d'Aix-en-Provence[1498]. De

---

[1492] « *Attitude traduisant […] la volonté de se conformer au Droit qui permet à l'intéressé d'échapper aux rigueurs de la loi* », G. Cornu, *op.cit.*, p. 133.

[1493] J. Schmidt-Szalewski, « La force obligatoire à l'épreuve des avant-contrats », *RTD civ.* 1/2000, p. 32.

[1494] *Ibidem*.

[1495] B. Beigner, « La conduite des négociations », *RTD com.* 1998, p. 463 et s.

[1496] Cass.soc, 24 maris 1958, *JCP* 1958.II.10868, note J. Carbonnier.

[1497] Cass.soc., 19 décembre 1989, *Bull.civ.* V, n° 721 ; *D.* 1991.62, note J. Schmidt-Szalewski.

[1498] Cass.com., 10 janvier 2012, n° 10-26.149, *RTD civ.* 2012.311, obs. B. Fages ; *RTD com*. 2012.174, obs. D. Legeais.

façon concrète, la Cour d'appel a considéré qu'une banque, en formulant un accord de principe « *sous les réserves d'usage* », pour un prêt dont le montant, la durée, le taux, les frais de dossier étaient spécifiés, s'était engagée à formuler une offre conforme à ces éléments. Ainsi, en estimant que l'accord de principe avait été donné sur les éléments essentiels, la Cour d'appel a jugé que la banque avait mis fin abusivement à son obligation de poursuivre la négociation.

Pourtant, la Cour de cassation casse la décision sous le visa de l'article 1382 du Code civil[1499]. La Cour juge qu' « *un accord de principe donné par une banque "sous les réserves d'usage" implique nécessairement que les conditions définitives de l'octroi de son concours restent à définir et oblige seulement celle-ci à poursuivre, de bonne foi, les négociations en cours* ».

Cette décision se situe ainsi dans le courant classique de la jurisprudence qui n'oblige les parties à un accord de principe qu'à entamer des discussions et à les poursuivre de bonne foi afin de parvenir à la conclusion du contrat, car « *il s'agit d'un engagement de négocier sans obligation d'aboutir* »[1500].

En effet, il y a une erreur rencontrée assez souvent en pratique qui entend par accord de principe la rencontre de volontés sur les éléments essentiels du contrat. Cependant, dans un accord portant sur les éléments essentiels d'un contrat, il y a un véritablement consentement de s'engager à conclure ; alors que dans le cas de l'accord de principe, les parties sont tenues d'une obligation de moyen, c'est-à-dire qu'elles ont contracté « *l'engagement de négocier sans l'obligation de conclure le contrat définitif* »[1501].

L'accord de principe se situe simultanément au-delà des simples négociations et en-deçà du contrat définitif, compte tenu de son caractère temporel obtenu à la suite de pourparlers[1502]. Aussi, l'accord de principe est un accord à confirmer car il est toujours sujet à révision et demeure susceptible de rétractation de la part des parties.

[1499] L'art. 1382 du C.civ.fr. : « *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* ».

[1500] C.A. Paris, 7 novembre 2012, *RTD civ.* 2003, p. 76.

[1501] I. Najjar, *loc.cit*.

[1502] *Ibidem*.

Ainsi, l'accord de principe a sa propre identité et il se distingue des notions de *projet de contrat*, *lettre d'intention* ou, d'après une partie de la doctrine, d'*avant-contrat*[1503].

D'abord, le projet et l'accord de principe sont des expressions de la manifestation des volontés des parties qui ont pour rôle de préparer la conclusion du contrat. Par conséquent, ils ont été exprimés librement antérieurement à la conclusion, pendant la phase de formation du consentement, mais en étant gouvernés par la bonne foi.

S'il est possible d'affirmer que les deux notions sont synonymes car elles poursuivent le même but, à savoir l'organisation des négociations, « *l'établissement du projet consistera à réunir les matériaux qui sont destinés à composer le contrat ; c'est le fait. L'accord de principe est la volonté qu'il soit procédé à l'assemblage de ces matériaux ; c'est déjà du droit. Le projet c'est la matière du contrat envisagé, sans qu'il y ait d'obligation créée ; dans l'accord de principe on veut qu'il y ait négociation, mais il n'y a pas le contrat définitif* »[1504].

Le *projet* a été défini comme l' « *acte régissant l'avenir élaboré par […] une personne et soumis, pour adoption ou homologation, […] à l'acceptation d'un éventuel cocontractant* »[1505]. Ainsi, le projet de contrat est une intention de s'engager qui est matérialisée dans un écrit. Il représente une première étape dans la conclusion du contrat. Son rôle est de servir de base à la négociation et d'être susceptible de préparer le terrain pour le futur[1506].

Pour que le rôle du projet soit efficace, il doit être marqué d'une grande liberté. Pourtant, la liberté d'établir un projet est limitée. Ainsi, même si le principe est que le projet reflète l'effet de l'autonomie de la volonté, les parties, en se réservant la liberté de donner au projet la suite qu'elles souhaitent, peuvent rendre sa rédaction obligatoire[1507].

Ce formalisme se fonde sur le désir d'informer la partie qui n'a pas pu prendre connaissance avant la conclusion du contrat des clauses qui peuvent être jugées abusives. À

[1503] B. Beigner, *loc.cit.*

[1504] L. Rozès, « Projets et accords de principe », *RTD civ.* 1998, p. 501.

[1505] G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 10e éd. PUF, Paris, 2014, p. 815.

[1506] L. Rozès, « Le projet de contrat », *in Mélanges dédiés à Louis Boyer*, Pu Sciences Sociales, Toulouse, 1996, p. 639 et s.

[1507] L. Rozès, « Projets et accords de principe », *loc.cit.*

titre d'exemple, peut être cité l'article L.112-2, alinéa 2 du Code des assurances qui dispose qu'« *avant la conclusion du contrat, l'assureur remet à l'assuré un exemplaire du projet de contrat et de ses pièces annexes ou une notice d'information sur le contrat qui décrit précisément les garanties assorties des exclusions, ainsi que les obligations de l'assuré* ». Aussi, l'article L.134-1 du Code de la consommation prévoit que « *les professionnels vendeurs ou prestataires de services doivent remettre à toute personne intéressée qui en fait la demande un exemplaire des conventions qu'ils proposent habituellement* ».

Si le projet n'aboutit pas, il n'y a pas de conséquence car la liberté de ne pas contracter reste le principe. Si les circonstances par lesquelles le projet n'est pas parvenu à un résultat positif sont constitutives d'une faute dans la rupture des négociations, cette faute est extérieure au projet lui-même, en ayant des effets sur l'échec des négociations.

En conclusion, le projet et l'accord de principe ne sont que des étapes dans la phase précontractuelle au cours desquelles le consentement des participants aux négociations se forme.

Ensuite, la lettre d'intention, comme le projet et l'accord de principe, est une étape précontractuelle distincte dans la formation des volontés définitives. L'article 2322 du Code civil français prévoit que « *la lettre d'intention est l'engagement de faire ou de ne pas faire ayant pour objet le soutien apporté à un débiteur dans l'exécution de son obligation envers son créancier* ».

Une première distinction entre l'accord de principe et la lettre d'intention a pour fondement l'effet de l'engagement. En effet, l'accord de principe est une rencontre de volontés, de projets acceptés par les parties, mais qui n'est pas confirmé, alors que la lettre d'intention est de nature unilatérale même si elle est aussi un projet à confirmer.

Une seconde distinction consiste dans l'obligation qui donne naissance aux deux engagements. À la différence de l'accord de principe qui crée une obligation de moyen à l'égard des parties, la jurisprudence de la Cour de cassation montre que la lettre d'intention génère une obligation de résultat[1508]. Ainsi, par l'arrêt du 9 juillet 2002, la Cour de cassation « *reconnaît expressément l'existence de la lettre d'intention génératrice d'une obligation de*

[1508] Cass.com., 9 juillet 2002, *Bull. civ*. IV, n° 117 ; *D.* 2002, *AJ* p. 2327, obs. A. Lienhard ; *Banque et droit* n° 85, sept.-oct. 2002, p. 42, obs. N. Rontchevsky.

résultat qui n'est pas celle de se substituer au débiteur défaillant, c'est-à-dire un cautionnement »[1509].

Toutefois, ni l'accord de principe, ni la lettre d'intention ne se confondent avec la lettre de confort[1510]. Par *lettre de confort,* il faut entendre la « *lettre par laquelle une société intervient auprès d'un établissement de crédit afin que celui-ci accorde son concours à une autre société, en promettant un renfort, acte unilatéral qui, s'il est accepté, soumet son auteur à un engagement juridique dont l'objet et la portée dépendent "in casu", à partir des termes de la lettre, de la commune intention des parties : maintenir sa participation, soutenir la trésorerie de l'emprunteur, se substituer à lui en cas de défaillance et garantir une dette, etc.* »[1511].

En effet, la lettre de confort ne peut se confondre avec l'accord de principe parce qu'elle a un caractère unilatéral. C'est-à-dire que la lettre de confort est un document unilatéral en vertu duquel une personne physique ou morale considérée comme solvable déclare soit qu'elle viendra, le cas échéant, en aide à une autre personne physique ou morale si celle-ci devait rencontrer des difficultés sur le plan matériel ou financier, soit qu'elle l'incitera à honorer ses obligations en cas de besoin[1512].

Enfin, l'accord de principe se distingue du protocole d'accord. Le protocole d'accord est un accord synallagmatique et obligatoire qui a pour but de fixer les idées au cours des négociations[1513], ainsi que les engagements essentiels des parties, leurs rôles et les principales dispositions de l'accord comme le prix ou les délais[1514]. Donc, le protocole d'accord est un véritable contrat portant sur les conditions essentielles auquel manquent les détails de mise en œuvre et d'application. C'est un contrat principal, plus élaboré que l'accord de principe, qui n'offre aux parties aucune possibilité de revenir sur les éléments déjà négociés.

[1509] B. Dondero, « La lettre d'intention génératrice d'une obligation de résultat à nouveau reconnue par la Chambre commerciale », *D.* 2004, p. 545.

[1510] I. Najjar, « L'autonomie de la lettre de confort », *D.* 1989, p. 217.

[1511] G. Cornu, *op.cit.*, p. 605.

[1512] I. Najjar, « L'autonomie de la lettre de confort », *loc.cit.*

[1513] G. Martin, « La notion de fusion », *RTD com.* 1978, p. 269.

[1514] I. Najjar, « L'accord de principe », *D.* 1991, p. 57 et s.

En conclusion, on peut dire que l'accord de principe constitue l'engagement synallagmatique qui oblige les parties non point à conclure un contrat mais à négocier un second contrat dont ledit contrat ne précise, ordinairement, ni les clauses accessoires, ni les clauses essentielles[1515]. Par conséquent, l'accord de principe est une convention qui oblige les parties à négocier le contrat principal. Autrement dit, les parties doivent formuler des propositions sérieuses, en rapport avec l'objet et l'importance économique du contrat envisagé, même si elles n'ont pas l'obligation de conclure le contrat prévu.

Donc, « *la présence de cette obligation fait de cet accord un contrat* »[1516]. Plus précisément, un avant-contrat en ce qu'il se caractérise par « *une communauté d'objectif visant à préparer soit la négociation, soit la conclusion du contrat définitif* »[1517].

La responsabilité encourue si cette obligation n'est pas respectée est de nature contractuelle. Toutefois, puisque l'obligation contractée est une obligation de faire, l'exécution en nature n'est pas possible et la victime sera indemnisée par le versement de dommages et intérêts.

Toute négociation, spécialement en matière de commerce international, fait l'objet d'échanges de documents entre les parties aux pourparlers. Les documents peuvent être écrits ou oraux (comme les conversations téléphoniques), ils peuvent être techniques ou avoir trait au déroulement des négociations. Ces documents précontractuels ont pour rôle de dessiner le profil de la relation qui fera l'objet du contrat définitif. Également, c'est par l'interprétation de ces documents que l'intérêt des parties peut être compris.

Dans la suite de notre thèse, nous allons développer le rôle des documents précontractuels dans la phase de formation du contrat et la responsabilité qui peut en résulter.

Sous-section 3. Les documents précontractuels

[1515] Cass.soc., 29 mars 1958, *JCP* 1958.II.10868, note J. Carbonnier.

[1516] Y. Guenzoui, *La notion d'accord en droit privé*, LGDJ, Paris, 2009, p.77.

[1517] J. Schmidt-Szalewski, « La force obligatoire à l'épreuve des avant-contrats », *RTD civ.* 2000, p. 28.

Les documents précontractuels ont-ils une force créatrice d'obligations ? Donnent-ils naissance à des obligations de négocier ou de conclure le contrat envisagé ? Ont-ils une vraie valeur juridique ?

Nous nous proposons de répondre à ces questions en définissant dans un premier temps la notion de document précontractuel (§1) puis, dans un second temps, en nous efforçant de les qualifier (§2).

§1. La notion de document précontractuel

Le sens juridique de la notion de document précontractuel est donné par deux éléments, lesquels composent d'ailleurs le nom de la notion. Tout d'abord, les documents précontractuels ont la valeur d'un document, c'est-à-dire d'un « *écrit contenant un élément de preuve ou d'information* »[1518]. Ensuite, la notion de précontractuel complète le sens juridique d'un document précontractuel. Ainsi, ce concept désigne tout ce qui est relatif à la phase qui précède la conclusion du contrat. « *On notera que la fin comme le début de cette phase précontractuelle peuvent être matérialisés par un document qui, dans le premier cas, sera dit contractuel et, dans le second, précontractuel. Entre eux se situe l'espace précontractuel, lieu de la confection progressive de l'accord final* »[1519].

Les documents précontractuels sont utilisés dans les négociations pour transmettre des informations essentielles à la conclusion du contrat. Plus précisément, deux fonctions principales se distinguent : d'un côté, les documents précontractuels peuvent entraîner la conclusion du contrat et, de l'autre côté, ils sont utilisés pour l'élaboration du contenu du contrat définitif[1520].

Donc, lors des négociations, les parties discutent et débattent tous les points évoqués dans le contrat futur. Au cours de cette négociation, un grand nombre de documents est

---

[1518] G. Cornu, *op.cit.*, p. 362.

[1519] J. Ferraris, *Le rôle des documents précontractuels dans l'interprétation par le juge du contrat*, Publibook, Paris, 2003, p. 15, n° 6.

[1520] *Ibidem*, p. 16, n° 7.

échangé entre les participants ; « *ceux-ci prennent deux formes : des accords ou des actes préparatoires, d'une part, et des simples documents techniques ou informations, d'autre part* »[1521].

Si le contrat est conclu, la valeur de ces documents ne présente pas de problème car leur but était d'aboutir à sa conclusion[1522]. Ainsi, la conclusion du contrat les rend caduques. Cependant, lorsque le contrat n'a pas été conclu, les documents précontractuels ont-ils une valeur juridique ?

§2. La qualification juridique des documents précontractuels (*In dubio pro libertate*)

À titre d'exemple, les documents qui organisent les négociations d'un contrat n'ont aucune valeur contractuelle en droit anglais. Ils sont considérés comme des « *subjects to contract* » (« *sous réserve d'un contrat* »), c'est-à-dire comme de simples instruments d'échange de données. En effet, ce qui est essentiel en droit anglais c'est le contrat définitif car les documents précontractuels ne sont pas pris en compte même dans l'interprétation du contrat.

En revanche, en droit allemand, on présuppose l'existence d'un contrat de négociation dès le début des négociations. Ainsi, en cas de violation de ce contrat, une « *culpa in contrahendo* » est commise et, par conséquent, une responsabilité contractuelle sera engagée.

Le droit français se situe dans une position intermédiaire entre les deux droits évoqués. En effet, les documents précontractuels peuvent servir à l'interprétation du contrat définitif une fois formé, sauf disposition expresse des parties[1523]. Cependant, contrairement au droit

---

[1521] E. Rawach, « La portée des clauses tendant à exclure le rôle des documents précontractuels dans l'interprétation du contrat », *D*. 2001, p. 223, n° 1.

[1522] « *Les documents précontractuels échangés pendant les négociations sont dépourvus de valeur obligatoire après la conclusion du contrat : seul celui-ci les engage […]* », P. Malaurie, L. Aynès, P. Stoffel-Munck, *Droit civil. Les obligations*, 6e éd., LGDJ, Paris, 2013, p. 213, n° 446.

[1523] « *Les parties prennent le soin d'y insérer une clause [la clause de quatre coins] niant toute valeur contractuelle à ces documents* » ou elles peuvent stipuler une clause qui exclut expressément le rôle interprétatif des documents précontractuels, E. Rawach, *loc.cit.*, p. 233 et s., spéc. n° 4 et 12.

allemand, le droit français ne reconnaît pas l'existence d'un contrat de négociation dans les documents qui ont pour rôle d'organiser des négociations.

Deux hypothèses sont envisagées dans le système français. Soit les documents précontractuels sont clairs sur la force obligatoire et, en vertu de l'article 12, alinéa 4 du Nouveau Code de procédure civile français, les parties ont la liberté de « *conférer au juge mission de statuer comme amiable compositeur* ». Soit les documents précontractuels sont obscurs et, dans ce cas, deux théories s'affrontent : la théorie abstraite et la théorie réaliste.

La théorie abstraite affirme l'existence de l'engagement malgré l'incertitude de la volonté des parties[1524]. Ainsi, l'acte juridique est une donnée objective qui transcende la volonté individuelle des parties. Dans ce paradigme, l'acte juridique a une signification sociale et, si le consentement, la capacité, la cause et l'objet sont réunis, l'engagement est formé. Ce qui prime c'est la volonté déclarée des parties et non la volonté interne.

La théorie réaliste de l'interprétation propose que si le document précontractuel est ambigu, « *les acteurs du droit [en particulier les juges] se comportent librement au sein du système juridique, lorsqu'ils décident d'accomplir des actes juridiques* »[1525]. Les auteurs ont affirmé que « *le texte interprété n'a pas et ne peut avoir d'autre sens que celui que lui a donné l'autorité habilitée, même si ce sens paraît contraire à toutes les interprétations données par d'autres personnes, même si elle paraît déraisonnable et même si elle va à l'encontre de tout ce qu'on peut savoir de l'intention de l'auteur du texte* »[1526].

Toutefois, dans le cas où un document précontractuel est ambigu, nous croyons qu'il convient d'appliquer le principe *in dubio pro libertate* (dans le doute, opter pour la liberté). Ainsi, étant donné que par l'engagement la liberté des parties est limitée, tous les documents précontractuels douteux doivent s'interpréter contre l'engagement et pour la liberté. Nous pensons qu'il est préférable de nier l'existence d'un document que les parties ont élaboré lors

---

[1524] J. Creutzig, « Quelques remarques sur le problème de l'obligation abstraite », *RID com*. 2/1969, p. 373 et s.

[1525] V. Champeil-Desplats, M. Troper, « Proposition pour une théorie des contraintes juridiques », *in* V. Champeil-Desplats, M. Troper, C. Grzegorczyk (*dir*.), *Théorie des contraintes juridiques*, Bruylant/LGDJ, Paris, 2005, p. 11.

[1526] M. Troper, « Une théorie réaliste de l'interprétation », *in* H. Kelsen, *La théorie du droit, le droit, l'Etat*, PUF, Paris, 2001, p. 71.

de la négociation plutôt que de risquer de mettre à leur charge une obligation qu'elles n'ont pas voulu assumer.

Les documents publicitaires renvoient à une situation distincte. En effet, la jurisprudence considère que « *les documents publicitaires peuvent avoir une valeur contractuelle dès lors que, suffisamment précis et détaillés, ils ont eu une influence sur le consentement du contractant* »[1527].

Donc, « *les documents publicitaires ont une valeur contractuelle même s'ils disent ne pas en avoir ; est alors en cause non la recherche de la volonté des parties, mais la loyauté de l'engagement ; le commerçant qui fait de la publicité ne doit pas induire en erreur* »[1528].

En conclusion, « *à l'occasion de la conclusion d'un contrat, de nombreux documents extérieurs au contrat lui-même peuvent être montrés ou remis au contractant* »[1529]. Si un litige sur la valeur contractuelle des éléments qu'il contient s'élève, il revient au juge de déterminer si les parties ont entendu faire de ces éléments une condition de leur accord juridiquement obligatoire. Nous affirmons que la recherche de l'intention des parties doit être gouvernée par le principe *in dubio pro libertate*.

« *Parfois, il n'est pas nécessaire que l'avant-contrat remplisse les conditions essentielles du contrat définitif* »[1530]. Dans cette hypothèse, ils sont des accords qui ont un caractère intermédiaire. Leur rôle est de faire la transition de l'intention de conclure le contrat qui n'a aucune valeur juridique à une matérialisation de volonté porteuse de force juridique. Ce type d'avant-contrat va être développé de manière non-exhaustive dans la section suivante.

Section 2. Les accords intermédiaires

[1527] Cass. 1er civ., 6 mai 2010, n° 08-14.461, non publié.

[1528] P. Malaurie, L. Aynès, P. Stoffel-Munck, *op.cit.*, p. 213, n° 446.

[1529] M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations. 1 – Contrat et engagement unilatéral*, 3e éd., PUF, Paris, 2012, p. 292.

[1530] P. Malaurie, L. Aynès, P. Stoffel-Munck, *op.cit.*, p. 213, n° 447.

Un premier type d'accord intermédiaire assez spécifique est le contrat préliminaire (Sous-section 1). Appelé aussi contrat de réservation, le contrat préliminaire est considéré par la doctrine comme étant un avant-contrat qui a la même valeur qu'une promesse de vente[1531]. Compte tenu du fait que ce type d'avant-contrat ne concerne que la formation de la vente d'immeuble en construction, notre étude se concentrera sur les points essentiels.

Le deuxième accord intermédiaire que nous nous proposons d'étudier est le pacte de préférence (Sous-section 2).

Sous-section 1. Le contrat préliminaire de réservation

« *Depuis l'achèvement du second conflit mondial, les contrats préparatoires à la vente immobilière se sont fortement développés* »[1532]. Ainsi, conclu au stade peu avancé de la construction d'un immeuble, le contrat préliminaire est un moyen pour le futur vendeur de tester le marché et de lier un futur acquéreur sans que la construction soit terminée[1533].

Pour mieux cerner le contrat préliminaire de réservation, il convient d'étudier sa nature juridique et son domaine d'application (§1), ainsi que son régime (§2).

§1. La nature juridique et le domaine d'application

Le contrat préliminaire est réglementé par les articles L. 261-15 et suivants et R. 261-25 et suivants du Code de la construction et de l'habitation français. La violation d'une de ces dispositions impératives est sanctionnée par la nullité du contrat.

[1531] O. Turnafond, « Vente d'immeuble à construire », *Rép. civ.* 2013, n° 53.

[1532] E. Sander, « Droit des obligations. Formalisme des actes relatifs à la propriété immobilière et aux servitudes », *JCl. Alsace-Moselle* 2005, p. 17, n° 35.

[1533] P. Malinvaud, P. Jestaz, P. Jourdain, O. Tournafond, *Droit de la promotion immobilière*, 8e éd., Précis Dalloz, 2009, p. 399.

Le texte de l'article L. 261-15 du Code de la construction et de l'habitation dispose que la vente d'immeuble à construire « *peut être précédée d'un contrat préliminaire par lequel, en contrepartie d'un dépôt de garantie effectué à un compte spécial, le vendeur s'engage à réserver à un acheteur un immeuble ou une partie d'immeuble* ». Ainsi, « *le contrat préliminaire [...] a singulièrement pour objet une réservation en vue de la conclusion d'une éventuelle vente d'immeuble à construire* »[1534].

Le contrat préliminaire est exclu lorsque les travaux doivent être achevés par l'acquéreur[1535] ou s'il est passé après l'achèvement de l'immeuble[1536]. Dans ce dernier cas, le contrat s'analyse comme une vente parfaite.

Le contrat préliminaire a un caractère impératif dans un secteur protégé. Dans les autres situations, il est facultatif, le « *promoteur pourrait parfaitement s'en passer et vendre directement les immeubles à terme ou en l'état futur* »[1537]. Par exemple, une exception au caractère impératif du contrat préliminaire est le cas où l'immeuble envisagé est une maison individuelle, plus précisément un immeuble comprenant au maximum deux logements et dont les plans sont fournis par le constructeur[1538].

Ainsi, en dehors du secteur protégé et à la lumière des dispositions des articles L. 261-15 et suivants du Code de la construction et de l'habitation, « *s'agissant d'une opération de construction et de vente portant sur un immeuble ou une partie d'immeuble à usage autre que d'habitation ou mixte : usage commercial, de bureau ou exclusivement professionnel, l'avant-contrat pourra prendre une quelconque forme juridique : promesse de vente [unilatérale ou*

[1534] D. Sizaire, G. Durand-Pasquier, « Vente d'immeubles à construire. Secteur protégé. Contrat préliminaire de réservation », *JCl. Construction-Urbanisme*, 19 octobre 2011, fasc. 83-50, n° 1.

[1535] Cass. 3e civ., 28 janvier 2009, n° 07-20.492, *JurisData* n° 2009-046756 ; *JCl. Construction-Urbanisme* 2009, étude 2, obs. C. Sizaire.

[1536] C.A. Pairs, 2 novembre 1982, *JurisData* n° 1982-027025 ; *D.* 1985, inf. rap., obs. F. Magnin, p. 26.

[1537] O. Turnafond, *loc.cit.*, n° 60.

[1538] L'art. L. 231-5 du C. de la construction et de l'habitation : « *L'obligation, instituée par le deuxième alinéa de l'article L. 261-10, de conclure un contrat conforme aux dispositions de l'alinéa premier de cet article ne s'applique pas lorsque celui qui procure indirectement le terrain est le constructeur* ».

non] ou même promesse d'achat, selon des modalités [notamment financières] librement arrêtées »[1539].

La nature juridique du contrat préliminaire est un sujet très débattu dans la doctrine et la jurisprudence françaises[1540]. Ainsi, la doctrine a essayé de rattacher le contrat préliminaire à une forme juridique qui existait déjà. Certains auteurs ont suggéré qu'il s'analysait en un pacte de préférence[1541] ou en une promesse unilatérale de vente[1542]. D'autres auteurs le voyaient comme un contrat *sui generis*[1543]. Ces qualifications ont progressivement été abandonnées par la doctrine et la jurisprudence après l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 27 octobre 1975[1544].

En résumé, il y a trois situations envisageables[1545]. D'abord, le contrat préliminaire est compris comme un contrat de réservation *sui generis*. Dans ce cas, il constitue « *un contrat sui generis essentiellement synallagmatique, lequel comporte des obligations réciproques, le vendeur s'engageant en contrepartie d'un dépôt de garantie à réserver à l'acheteur éventuel*

[1539] D. Sizaire, G. Durand-Pasquier, *loc.cit.*, n° 5.

[1540] *Ibidem*, n° 9.

[1541] R. Saint-Alary, « La vente d'immeuble à construire et l'obligation de garantie à raison des vices de construction », *JCP* 1968.I.2146, n° 47 ; Cass.ch.mixte, 26 mai 2006, n° 03-19.376 et 03-19.495, *JurisData* n° 2006-033690, *Bull.mixt* 2006, n° 4 ; Cass. 3e civ., 31 janvier 2007, n° 05-21.071, *JurisData* n° 2007-037159, *Bull.civ.* 2007.III.16 ; Cass. 3e civ., 14 février 2007, n° 05-21.814, *JurisData* n° 2007-037358, *Bull.civ.* 2007.III.25.

[1542] G. Cornu, obs. *RTD civ*. 1972.609 ; C.A. Rennes, 18 décembre 1973, *D.* 1974.688, note J.-C. Groslière ; Cass. 3e civ., 11 mai 2011, n° 10.12.875, *JurisData* n° 2011-008034 ; F. Steinmetz, *Les ventes d'immeubles à construire*, thèse, Montpellier, 1970, p. 316.

[1543] J.-L. Bergel, « Les contrats préliminaires de réservation dans les ventes d'immeubles à construire, unité ou dualisme ? », *JCP* 1974.I.2669.

[1544] Cass. 3e civ., 27 octobre 1975, *D.* 1976.97, note E.-E. Frank ; *JCP* 1976.II.18340, note P. Meysson, M. Tirard ; P. Malivaud, P. Jestaz, « Le contrat préliminaire à la vente d'immeuble à construire (à propos de l'arrêt de la 3e chambre civile de la Cour de cassation du 27 octobre 1975), *JCP* 1976.I.2790.

[1545] O. Tournafond, *loc.cit.*, n° 58.

un immeuble ou une partie d'immeuble »[1546]. Ainsi, le réservant se limite à souscrire dans le contrat de réservation que les obligations imposées par la loi dans le secteur protégé.

Ensuite, le contrat préliminaire est un contrat étoffé. C'est-à-dire qu'outre les obligations minimales requises par la loi le réservant a souscrit certains éléments fermes et définitifs[1547].

Enfin, le contrat préliminaire peut être associé avec une promesse de vente. Dans cette hypothèse, le réservant renonce à la liberté de ne pas acheter l'immeuble et s'engage à offrir la vente à des conditions déterminées, comme le promettant d'une promesse de vente.

« *L'intérêt de cette classification réside en ce que les obligations du réservant varieront suivant la catégorie de contrat préliminaire à laquelle appartiendra un contrat de réservation déterminé : du minimum légal au maximum contractuel en passant par les situations intermédiaires, il y aura une gradation dans la nature et le nombre des obligations du réservant* »[1548].

§2. Le régime du contrat préliminaire

La conclusion du contrat préliminaire implique le respect des conditions propres à ce type d'avant-contrat, mais suppose également de se conformer à d'autres règles plus transversales.

D'une manière générale, le contrat préliminaire doit être conclu par écrit[1549]. La forme écrite n'est pas requise à titre de preuve, mais pour la validité de l'acte (*ad vididatem)*. De

---

[1546] Cass. 3e civ., 27 octobre 1975, *loc.cit.* ; *JCP G.* 1976.II.18340, note P. Meysson ; *Gaz.Pal.* 1976.I.67, note M. Peisse ; *Defrénois* 1976, art. 31050, obs. E. Franck.

[1547] C.A. Paris 28 novembre 1991, *D.* 1993, somm. 360, obs. F. Magnin, *RD imm.* 1992.337, obs. J.-C. Groslière, C. Saint-Alary-Houin.

[1548] O. Tournafond, *loc.cit.*, n° 58.

[1549] L'art. R. 261-27 du C. de la construction et de l'habitation : « *Le contrat préliminaire est établi par écrit ; un exemplaire doit en être remis au réservataire avant tout dépôt de fonds. Il doit obligatoirement reproduire les dispositions des articles R. 261-28 à R. 261-31* ».

plus, un certain nombre de mentions obligatoires sont exigées. Ainsi, il peut être demandé : la description du local réservé, la description de l'immeuble global, le prix prévisionnel et ses éventuelles modalités de révision telles qu'elles sont définies par les articles L. 261-11-1 et R. 261-15 du Code de la construction et de l'habitation, les prêts que le réservant s'engage à faire obtenir au réservataire ou dont il s'engage à lui transmettre le bénéfice, le délai d'exécution des travaux, la date prévue pour la conclusion de la vente, le montant du dépôt de garantie plus la reproduction des textes réglant le mécanisme du dépôt de garantie avec, en particulier, l'article R. 261-31, qui établit implicitement les fourchettes dont dispose le réservant.

En cas d'absence d'une mention obligatoire, les dispositions législatives ne sont pas très claires. Ainsi, le dernier alinéa de l'article L. 261-15 dispose qu' « *est nulle toute autre promesse d'achat ou de vente* ». Cependant, le texte de l'article L. 261-16 affirme que sera réputée non écrite toute clause contraire aux dispositions obligatoires du secteur protégé.

La jurisprudence française a considéré que lorsqu'une mention obligatoire fait défaut, le contrat préliminaire est nul[1550]. Toutefois, la nullité encourue est une nullité relative que seul l'accédant peut invoquer[1551].

Si le réservataire décide malgré tout de conclure le contrat de vente, la Cour de cassation a décidé qu'il y a confirmation de l'acte nul, de telle sorte que l'accédant n'aura plus la possibilité d'engager la responsabilité du réservant pour l'irrégularité de l'acte[1552]. Par contre, si dans le contrat préliminaire est stipulée une clause contraire aux règles impératives, cette clause sera considérée non écrite dès lors qu'elle ne contrevient pas à l'économie du contrat voulue par le législateur[1553].

À la lumière de l'alinéa 1er de l'article L. 271-1 du Code de la construction et de l'habitation, « *l'acquéreur non professionnel peut se rétracter dans un délai de sept jours […]* » pour « *tout acte ayant pour objet la construction ou l'acquisition d'un immeuble à usage d'habitation* ».

[1550] Cass. 3e civ., 3 octobre 1974, *Bull.civ.* III, n° 332 ; Cass. 3e civ., 17 avril 1984, *RD* imm. 1984.423, obs. J.-C. Groslière, P. Jestaz.

[1551] R. Saint-Alary, *loc.cit.*, n° 51.

[1552] Cass. 3e civ., 24 novembre 1977, *JCP* 1979.II.19037, note P. Malinvaud, P. Jestaz.

[1553] C.A. Lyon, 6 février 1980, *D.* 1980.586, note F. Magnin.

L'article 261-15 du Code de la construction et de l'habitation dispose expressément que la vente, ayant pour objet le transfert de propriété d'un immeuble ou d'une partie d'immeuble à usage d'habitation ou à usage professionnel et d'habitation, peut être précédée d'un contrat préliminaire « *en contrepartie d'un dépôt de garantie effectué à un compte spécial* ».

Le montant du dépôt de garantie est fixé par la loi[1554] et dépend du délai de réalisation de la vente. Pourtant, le dépôt n'est pas un élément essentiel du contrat, puisqu'il ne peut plus être exigé si le délai de réalisation de la vente excède deux ans. Le dépôt de garantie ne représente pas non plus une clause pénale ou une indemnité d'immobilisation, et, s'il dépasse les limites réglementaires, le juge ne peut le réviser[1555].

Lorsque la vente est réalisée, le dépôt de garantie est imputé sur le prix de vente. Par contre, si le contrat définitif n'est pas conclu, il est restitué à la partie qui n'est pas à l'origine de la rupture dans un délai de trois mois[1556].

D'une façon générale, la conclusion d'un contrat préparatoire est avantageuse car elle donne la possibilité de demander des versements de fonds avant la conclusion du contrat définitif. En contrepartie, le promoteur immobilier devra souscrire un certain nombre d'engagements. En outre, le contrat préparatoire est « *polyvalent car il est très souple du fait de sa nature juridique extensive* »[1557]. En effet, il remplit trois fonctions : tester le marché, fixer le client et préparer la vente[1558].

[1554] L'art. R. 261-28 du C.C.H. : « *Le montant du dépôt de garantie ne peut excéder 5 p. 100 du prix prévisionnel de vente si le délai de réalisation de la vente n'excède pas un an ; ce pourcentage est limité à 2 p. 100 si ce délai n'excède pas deux ans. Aucun dépôt ne peut être exigé si ce délai excède deux ans* ».

[1555] Cass. 3e civ., 28 mars 1990, n° 88-11.820, *JurisData* n° 1999-000705 ; *D.* 1991.187, note R. Cabrillac ; *RD imm.* 1991, obs. J.-C. Groslière, C. Saint-Alary-Houin, p. 487 ; *Defrénois* 1990, art. 32917, obs. H. Souleau, n° 124.

[1556] L'art. L. 261-15, al. 4 du CCH : « *Ils sont restitués, dans le délai de trois mois, au déposant si le contrat n'est pas conclu du fait du vendeur, si la condition suspensive prévue à l'article L. 312-16 du code de la consommation n'est pas réalisée ou si le contrat proposé fait apparaître une différence anormale par rapport aux prévisions du contrat préliminaire* ».

[1557] O. Tournafond, *loc.cit.*, n° 62.

[1558] *Ibidem*.

Un autre type d'avant-contrat intermédiaire qui ne nécessite pas de remplir les conditions essentielles du contrat envisagé est le pacte de préférence.

Sous-section 2. Le pacte de préférence

L'étude du pacte de préférence sera développée en deux temps. Dans un premier temps, nous allons définir la notion de pacte de préférence et déterminer quelles sont les conditions de validité requises pour qu'il puisse produire des effets juridiques (§1) et dans un second temps, notre analyse se concentrera sur la détermination des caractères du pacte de préférence (§2).

§1. La nature du pacte de préférence

La doctrine française affirme que le pacte de préférence est l'avant-contrat le moins contraignant parmi les autres variétés des contrats préparatoires[1559]. Afin de vérifier cette affirmation, nous allons d'abord définir la notion du pacte de préférence (a) pour ensuite voir les conditions du pacte de préférence (b).

a. Définition du pacte de préférence

D'une manière générale, le pacte de préférence désigne la « *convention par laquelle le promettant s'engage, pour le cas où il se déciderait à conclure, à offrir par priorité au bénéficiaire du pacte de traiter avec lui (sous l'obligation de porter à sa connaissance toute offre relative à ce contrat)* »[1560]. Ainsi, il s'agit d'un contrat par lequel une personne s'oblige envers une autre à ne pas conclure un contrat déterminé avant de lui en avoir proposé la conclusion aux mêmes conditions[1561].

[1559] F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*. 11e éd., Dalloz, Paris, 2013, p. 216, n° 195.

[1560] G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 10e éd. PUF, Paris, 2014, p. 728.

[1561] F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *ibidem*.

Le bénéficiaire de la promesse est titulaire d'un droit potestatif[1562] « *au service duquel est mise une obligation de faire : proposer prioritairement au bénéficiaire du pacte l'acquisition du bien* »[1563]. Par conséquent, le promettant ne s'oblige pas à conclure le contrat prévu, mais il s'engage à faire une offre au bénéficiaire s'il décide de conclure le contrat considéré.

Le pacte de préférence emporte également à la charge du promettant un engagement de ne pas faire, c'est-à-dire de ne pas contracter avec un tiers avant d'avoir proposé au bénéficiaire du pacte la conclusion du contrat. Ainsi, le promettant doit s'abstenir de conclure tout contrat qui attribue un droit légal de préférence au profit d'un tiers et de faire obstacle au jeu de la préférence contractuelle.

Donc, selon la définition retenue, l'engagement du promettant lors de la conclusion du pacte ne porte pas sur son consentement au contrat définitif à l'égard du bénéficiaire. Seule l'acceptation du bénéficiaire du pacte implique la conclusion du contrat[1564]. Tant que le promettant n'a pas manifesté sa volonté de conclure le contrat, la priorité de conclure le contrat est maintenue. Si le bénéficiaire refuse la conclusion, le pacte de préférence est caduc et le promettant est libre de conclure avec un autre personne[1565], sans avoir à la proposer au bénéficiaire une nouvelle fois dans la mesure où le prix n'est pas modifié et alors que la vente intervient des années après le refus de l'offre[1566].

De même, si le pacte de préférence contient un délai exprès de validité, l'écoulement du délai emporte caducité du pacte de préférence car le promettant ne s'est pas obligé à conclure le contrat mais uniquement à accorder une priorité au bénéficiaire s'il se décidait à vendre. Ainsi, « *le mutisme du promettant tout au long de la durée de la préférence ne*

[1562] Cass. 3e civ., 15 janvier 2003, *Bull.civ.* III, 2003, p. 9, note H. Kenfack, « Pacte de préférence et condition potestative "*virtuelle*" ».

[1563] Cass. 3e civ., 30 avril 1997, *RTD civ.* 1997, p. 476, note D. Mazeaud.

[1564] Cass. 3e civ., 22 septembre 2004, *Defrénois* 2004, p. 1725, obs. Libchaber.

[1565] Cass. 3e civ., 29 janvier 2003, *Defrénois* 2003, p. 1267, obs. J.-L. Aubert ; *RTD civ.* 2003, p. 497, obs. J. Mestre, B. Fages.

[1566] Cass. 3e civ., 29 janvier 2003, *AJDI* 2003, p. 705.

constitue pas une violation d'un engagement, mais au contraire l'exercice de la liberté de ne pas vendre que celui-ci lui accorde »[1567].

S'agissant de la nature du pacte de préférence, il a longtemps été considéré que le pacte s'analysait en « *une promesse unilatérale et conditionnelle de contrat* »[1568]. Toutefois, à présent, la jurisprudence et la doctrine française le perçoivent comme une sorte de « *ticket de priorité* »[1569], un « *avant-contrat sui generis préparant la conclusion d'un contrat futur* »[1570], une « *promesse de préférence* »[1571], ou un « *avant avant-contrat* »[1572]. Vu ces multiples façons d'appréhender le pacte de préférence, des confusions sont apparues en doctrine et en jurisprudence.

D'abord, la doctrine assimilait le droit résultant du pacte de préférence au droit de préemption[1573]. Ainsi, dans ce modèle de référence, le droit aurait pour effet de former directement le contrat entre le préempteur et le propriétaire. Le tiers acquéreur était en effet écarté avant d'avoir accepté la conclusion du contrat.

Pourtant, cette conception est aujourd'hui infirmée et la doctrine fait une distinction entre les deux droits en consacrant un mécanisme contractuel différent[1574]. En effet, il a été admis que les deux catégories de droits diffèrent d'abord par leur origine : le pacte de préférence résulte d'une convention juridique, le droit de préemption a comme source une disposition légale.

L'unité de la technique contractuelle relative à la nature juridique des préemptions conventionnelles et légales est un autre élément de confusion. D'une manière générale, la

---

[1567] R. Chaaban, *La caducité des actes juridiques. Étude de droit civil*, thèse, LGDJ, Paris, 2006, p. 240.

[1568] J. Bartet, *Le pacte de préférence*, thèse, F. Loviton, Paris, 1932, p. 47 et s. ; H. Lalou, « Les pactes de préférence », *D.H.* 1929.41.

[1569] Cass. 1er civ., 6 juin 2001, *RTD civ.* 2002.116, obs. P.-Y. Gautier.

[1570] P. Voirin, « Le pacte de préférence », *JCP G* 1954.I.1192.

[1571] *Ibidem*, n° 4.

[1572] Cass. 3e civ., 31 janvier 2007, *Defrénois* 2007.1048, obs. R. Libchaber.

[1573] « *Pour la majorité des auteurs, le droit de préemption se ramène à un droit de préférence légal et sous réserve de la différence de sources il obéit à un régime identique* », P. Voirin, *loc.cit.*, n°2.

[1574] C. Saint-Alary-Houin, *Le droit de préemption*, LGDJ, Paris, 1979, p. 12.

préemption est l'obligation d'offrir le contrat projeté au préempteur[1575]. Le bénéficiaire a le droit de se substituer à l'acquéreur en évinçant celui-ci.

Plus concrètement, la préemption doit demeurer une préférence à la conclusion. Il en résulte que le régime du droit de préférence sert de guide pour la détermination du régime de la préemption[1576]. En outre, toutes les spécificités de la préemption par rapport à la préférence sont considérées comme un « *déviationnisme dangereux* » car elle pourra rompre l'égalité entre les acquéreurs[1577].

Pour conclure, la difficulté dans la formation du contrat se limite à une offre obligatoire. Cependant, le régime du droit ne change pas si le caractère obligatoire de l'offre résulte de la loi ou de l'engagement personnel du promettant. « *La notion classique de préemption inclut les préemptions d'origine conventionnelle. Il en résulte une certaine dépendance de la préemption à l'égard de la préférence* »[1578]. Ensuite, le pacte de préférence se distingue de la promesse unilatérale et synallagmatique de contracter même si la jurisprudence a parfois pu définir le pacte de préférence comme une promesse unilatérale conditionnelle[1579]. Ainsi, pour les promesses unilatérales de contracter, les éléments essentiels du contrat futur (par exemple la chose et le prix pour la promesse de vente) sont déterminés lors de leur conclusion et, par conséquent, le bénéficiaire de la promesse dispose du droit de lever l'option qui formera le contrat. Il en va de même en matière de promesse synallagmatique où les éléments essentiels du contrat projeté sont nécessairement déterminés dans la promesse. Pour le pacte de préférence, à l'inverse, « *la prédétermination du prix pas plus que la stipulation d'un délai ne sont des conditions de validité* »[1580] parce qu'elles ne sont pas encore déterminées au jour de la conclusion du pacte. Aussi, le pacte de préférence

---

[1575] « *Nom traditionnellement donné à la faculté conférée par la loi ou par la convention à une personne d'acquérir, de préférence à toute autre, un bien que son propriétaire se propose de céder, en se portant acquéreur de ce bien dans un délai donné, en général aux prix et conditions de la cession projetée* », G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 9ème éd. PUF, Paris, 2011, p. 780.

[1576] C. Saint-Alary-Houin, *op.cit.*, p. 31.

[1577] J. Bobin, « Les S.A.F.E.R. et leur droit de préemption », *JCP* 1969.2278.

[1578] C. Saint-Alary-Houin, *ibidem.*

[1579] Cass. 3e civ., 16 Mars 1994, *JCP N* 1994.II.341, note J. Maury.

[1580] F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *op.cit.*, p. 217, n° 195.

n'oblige pas le promettant à conclure le contrat, il est libre de ne pas en proposer la conclusion.

Enfin, une autre confusion qui peut apparaître réside entre le pacte de préférence et le contrat futur qu'il envisage. Toutefois, l'effet obligatoire du pacte de préférence ne se confond pas avec celui du contrat visé parce que l'exécution en nature du pacte conduit seulement à la reconnaissance d'une obligation de faire. C'est-à-dire que le pacte attribue un droit de priorité au bénéficiaire, et n'oblige pas à l'exécution du contrat futur. En autre, la préférence consentie est distincte du contrat futur, auquel n'est d'ailleurs pas acquis le consentement du promettant, puisqu'il ne s'agit que d'une éventualité.

Ayant pour objectif « *la protection de la confiance légitime du bénéficiaire d'un pacte de préférence* »[1581], l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription dispose à l'article 1106-1 que « *le pacte de préférence pour un contrat futur est la convention par laquelle celui qui reste libre de la conclure, s'engage, pour le cas où il s'y déciderait, à offrir par priorité au bénéficiaire du pacte de traiter avec lui* ».

Considéré comme le « *parent pauvre des avant-contrats* »[1582], de la définition donnée par l'avant-projet Catala deux caractéristiques peuvent être dégagées. Premièrement, le consentement à une priorité et, deuxièmement, l'existence d'un contrat futur auquel ce consentement est attaché.

Même si le droit de priorité conventionnel est suffisamment explicite dans l'article 1106-1 de l'avant-projet Catala, les rédacteurs du projet Terré ont considéré qu' « *une rédaction un peu différente en sera toutefois proposée afin d'insister, par un effet de miroir, sur les différences et les ressemblances avec la promesse unilatérale* »[1583]. Ainsi, à l'article 30 du projet, il a été prévu que « *le pacte de préférence est le contrat par lequel une partie*

[1581] Section 2 « *De la formation du contrat* » (Articles 1104 à 1107), P. Catala (*dir.*), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, La documentation française, Paris, 2006, p. 29.

[1582] D. Mazeaud, « *La méconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat* », note sur Cass. 3e civ. 3, 30 avril 1997, *D.* 1997.II.475.

[1583] C. Aubert de Vincelles, « Le processus de conclusion du contrat », *in* F. Terré (*dir.*), *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, Paris, 2009, p. 140.

s'engage auprès d'une autre, bénéficiaire, à lui proposer en priorité un contrat le jour où, libre de conclure, elle s'y déciderait ».

De la même manière, le projet d'ordonnance de la Chancellerie de mars 2015 prévoit que « *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* » (article 1125, alinéa 2ème).

En droit roumain, le pacte de préférence est parmi les nouvelles institutions apportées par la réforme du Code civil de 2011 sous le nom de « *pacte d'option* »[1584]. La doctrine roumaine constate ainsi une transformation progressive des pactes de préférence : de contrats innommés, dont le régime et la nature juridique a donné lieu à de vives discussions, on passe à des contrats autonomes, avec un régime juridique et des effets biens déterminés par la loi[1585].

Avant la réforme, le pacte de préférence a connu une multitude de définitions[1586] dont on ne citera que celle du Professeur Chirica : « *le pacte de préférence est le contrat par lequel une personne, appelée promettant, s'engage à l'égard d'une autre, appelée bénéficiaire, qui reçoit cette promesse, de la préférer par rapport à un autre en tant qu'acheteur, dans des conditions égales de prix, si elle se décide à vendre le bien qui forme l'objet du pacte* »[1587].

[1584] L'art. 1278 du n.C.civ.ro. : « *(1) Lorsque les parties conviennent que l'une d'entre elles reste tenue par sa propre déclaration de volonté et que l'autre peut l'accepter ou la refuser, la déclaration est réputée être une offre irrévocable et produit les effets prévus à l'article 1191. (2) Si les parties n'ont pas convenu d'un délai pour l'acceptation, celui-ci peut être fixé par ordonnance du président du tribunal, après citation des parties. (3) Le pacte d'option doit comporter tous les éléments du contrat que les parties cherchent à conclure, de telle sorte que celui-ci puisse être formé par la simple acceptation du bénéficiaire de l'option. (4) Le contrat est conclu par l'acceptation de la déclaration de volonté de l'autre partie, par le bénéficiaire de l'option, aux conditions prévues par le pacte. (5) Le pacte d'option comme la déclaration d'acceptation sont conclus en la forme prévue par la loi pour le contrat que les parties cherchent à conclure* ».

[1585] I. Ionescu, *Antecontractul de vanzare-cumparare*, Hamangiu, Bucarest, 2012, p. 1.

[1586] A.-S. Rusu, « Pactul de preferinta », *Dreptul* 11/2008, p. 140 et s.

[1587] D. Chirica, « Pactul de preferinta », *Revista de drept comercial* 11/1999, p. 28, n°1.

Le pacte de préférence a connu aussi plusieurs qualifications, ayant été assimilé tantôt à la notion de *contrat,* tantôt à celle d'*avant-contrat*[1588]. Il a également pu être considéré comme une *variété*[1589] ou une *forme*[1590] de la promesse unilatérale de vente, ou même comme un « *avant-contrat de la promesse unilatérale* »[1591].

La doctrine roumaine, comme en droit français, montrait que l'obligation assumée par le promettant n'était pas purement potestative mais seulement simplement potestative, en ne dépendant pas uniquement de la volonté du promettant mais aussi des circonstances externes pouvant le déterminer à aliéner son bien[1592]. Ainsi, une telle obligation ne pouvait contrevenir aux dispositions de l'article 1010 de l'ancien Code civil roumain[1593], qui sanctionnaient par nullité les obligations assumées sous condition purement potestative[1594]. Le nouveau Code civil conserve cette règle à l'article 1403, mais il la reformule ainsi : « *l'obligation contractée sous la condition suspensive qui dépend exclusivement de la volonté du débiteur ne produit aucun effet* ».

Les auteurs roumains se sont engagés eux aussi dans le débat sur les ressemblances et les différences entre la promesse unilatérale de vente et le pacte de préférence[1595]. Ainsi, ils ont affirmé que les deux actes se ressemblent parce qu'ils préfigurent une future vente et qu'ils ont une nature contractuelle. En revanche, le pacte de préférence se distingue de la promesse

---

[1588] D.C. Florescu, *Drept civil. Contracte speciale*, Editura Universitatii Independente « *Titu Maiorescu* », Bucarest, 2001, p. 23.

[1589] M. Muresan, « Pactul de preferinta », *in* M. Costin, M. Muresan, V. Ursa, *Dictionar de drept civil*, Editura Stiintifica si Enciclopedica, Bucarest, 1982, p. 376 ; F. Deak, *Tratat de drept civil. Contracte speciale*, 3e éd., Universul Juridic, Bucarest, 2001, p. 27 ; M. Costin, C. Costin, *Dictionar de drept civil de la A la Z*, Hamangiu, Bucarest, 2008, p. 745.

[1590] C. Hamangiu, I. Rosetti-Balanescu, A. Baicoianu, *Tratat de drept civil roman*, vol. 2, All Beck, Bucarest, 1997, p. 549.

[1591] J. Goicovici, *Formarea progresiva a contractului*, thèse, Wolters Kluwer, Bucarest, 2008, p. 127, n° 89.

[1592] D. Chirica, *loc.cit.*, p. 28, n°1.

[1593] L'art. 1010 de l'a.C.civ.ro. : « *L'obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige* ».

[1594] C. Hamangiu, I. Rosetti-Balanescu, A. Baicoianu, *op.cit.*, p. 549 ; F. Deak, *op.cit.*, p. 22.

[1595] D. Chirica, *loc.cit.*, p. 30, n° 2.

unilatérale par le fait qu'il ne contient l'obligation de vendre uniquement après que le promettant se décidera dans ce sens. Dans le cas d'une promesse unilatérale de vente, le promettant est obligé d'exécuter cette obligation dès la conclusion de la promesse.

Des auteurs ont d'ailleurs affirmé que « *l'autonomie conceptuelle du pacte de préférence est, à présent, définitivement acquise par rapport à la promesse unilatérale* »[1596], mais que le pacte « *se métamorphose dans une promesse unilatérale de vente* »[1597] dès que l'offre est faite.

Pour mettre fin au débat, les rédacteurs du nouveau Code civil roumain ont opté pour une position ferme en utilisant distinctement les notions de *pacte de préférence* et de *promesse unilatérale* et en les réglementant séparément. Ainsi, tout risque de confusion est désormais écarté[1598].

Avant de conclure, une dernière précision s'impose. En général, avant la codification, la doctrine et la jurisprudence roumaines considéraient que le droit créé par le pacte de préférence était un *droit de préférence*[1599] ou, avec un sens similaire, un *droit de priorité*.

Dans le nouveau Code civil roumain, le droit de préférence a été transformé en un « *droit conventionnel de préemption* »[1600]. La doctrine roumaine a souligné que la notion de

---

[1596] J. Goicovici, *op.cit.*, p. 125, n° 88.

[1597] *Ibidem*, p. 126, n° 89.

[1598] F. Ciutacu, A. Sarchizian, « Pactul de optiune si promisiunea de a contracta in noul Cod civil », n° 3, http://www.juridice.ro/160355/pactul-de-optiune-si-promisiunea-de-a-contracta-in-noul-cod-civil.html.

[1599] I. Ionescu, *op.cit.*, p. 11, n° 5.

[1600] L'art. 1730 du n.C.civ.ro. : « *(1) Aux conditions déterminées par la loi ou par le contrat, le titulaire du droit de préemption, nommé préempteur, peut acheter de façon prioritaire un bien. (2) Les dispositions du présent code relatives au droit de préemption sont applicables uniquement s'il n'en est pas autrement disposé dans la loi ou stipulé dans le contrat. (3) Le titulaire du droit de préemption qui a refusé une offre de vente ne peut plus exercer son droit relativement au contrat qui lui a été proposé. L'offre est réputée rejetée si elle n'a pas été acceptée dans un délai maximum de dix jours en cas de vente de biens meubles et de trente jours en cas de vente de biens immeubles. Dans les deux cas, le délai court à compter de la notification de l'offre au préempteur* ».

« *droit de préemption* » n'est pas tout à fait nouvelle en droit roumain[1601]. En effet, ce droit caractérisait seulement un droit de priorité conféré par la loi à l'acquéreur.

Donc, chaque fois que le droit de priorité d'acheter un bien trouvait sa source dans une loi, la partie avait un *droit de préemption*. En revanche, si le droit de priorité était créé par la convention des parties ou par un acte unilatéral, c'est le terme de *droit de préférence* qui était utilisé[1602].

Le nouveau Code civil roumain a voulu donner un régime de droit commun au droit de préemption (articles 1730 à 1740) car, durant les deux dernières décennies, plusieurs dizaines de droits de préemption ont été créés par des lois spéciales[1603]. Ainsi, à la lumière des nouvelles dispositions, le droit de préférence né d'un pacte de préférence conclu en vue d'une vente porte le nom de « *droit conventionnel de préemption* ».

D'une manière générale, le pacte de préférence est un avant-contrat qui crée « *un droit de priorité, droit de créance, dont l'exigibilité n'est qu'éventuelle, et porte en germe un droit d'option, droit potestatif, dont la formation même n'est qu'éventuelle puisqu'exécution et formation dépendent de la décision du promettant de conclure le contrat projeté* »[1604].

b. Les conditions de validité du pacte de préférence

Comme tout acte juridique, le pacte de préférence doit remplir certaines conditions de validité de forme et de fond.

En droit roumain, deux situations sont prises en compte pour l'analyse de la formation du pacte de préférence : soit le pacte de préférence est une convention distincte, soit il est compris dans une convention plus vaste[1605].

[1601] D. Cosma, *Teoria generala a actului juridic civil*, Editura Stiintifica, Bucarest, 1969, p. 117 ; E. Safta-Romano, *Contractele civile*, Polirom, Iasi, 1999, p. 27.

[1602] I. Ionescu, *op.cit.*, p. 11, n° 5.

[1603] R. Dinica, « Commentaire introductif au Livre V. Des obligations. Titre IX. Des différents contrats spéciaux », *in* D. Borcan, M. Ciuruc, *Nouveau Code civil roumain. Traduction, commentée*, Dalloz, Paris, 2013, p. 449.

[1604] S. Laquette, « Réflexions sur la durée du pacte de préférence », *RTD civ.* 2013, p. 491 et s.

[1605] I. Ionescu, *op.cit.*, p. 18, n° 14.

Premièrement, lorsque le pacte de préférence est une convention indépendante de toute autre convention, aucune règle de droit ne lui impose d'avoir une forme particulière. Il peut ainsi avoir la forme d'un acte sous seing privé ou d'un acte authentique. Toutefois, l'article 902 dispose expressément à l'alinéa 2ème que « *l'avant-contrat et le pacte d'option* » font l'objet d'une inscription au livre foncier[1606]. Ainsi, le pacte de préférence ayant pour objet un bien immeuble doit être inscrit au livre foncier (le registre foncier) pour assurer l'opposabilité aux tiers.

Deuxièmement, si le pacte de préférence n'est qu'une étape dans une convention plus large, il prend la forme de cette convention et doit en remplir les éventuelles conditions.

En tant que contrat, même s'il a un rôle préparatoire, le pacte de préférence doit respecter les conditions de validité des conventions prévues à l'article 1179 du nouveau Code civil roumain. C'est-à-dire que les parties doivent avoir la capacité de conclure le pacte de préférence, leur consentement ne doit pas être vicié, l'objet du pacte doit être licite et déterminé et la cause licite et morale.

Faisant écho à la jurisprudence, la doctrine française a affirmé que les conditions de validité du pacte de préférence sont minimes[1607]. Ainsi, seules deux conditions sont requises : premièrement, la nature et l'objet du contrat futur doivent être prévus dans le contenu du pacte et, deuxièmement, le pacte doit laisser au débiteur la faculté de conclure le contrat prévu avec un tiers si le créancier décline la proposition.

Une décision de la Cour de cassation française du 15 janvier 2003 a soulevé des questions sur le prix et la durée du pacte de préférence en tant que conditions de validité. En effet, la Cour a décidé que « *la prédétermination du prix du contrat envisagé et la stipulation d'un délai ne sont pas des conditions de validité du pacte de préférence* »[1608].

L'arrêt du 15 janvier 2003 n'est que la reprise de la solution adoptée par la première chambre civile de la Cour de cassation le 6 juin 2001[1609]. Dans cet arrêt, la Cour affirmait que

---

[1606] On constate que, dans cet article, les auteurs du nouveau Code civil ont fait une distinction entre la notion d'« *avant-contrat* » et celle de « *pacte d'option* » en les citant séparément.

[1607] H. Kenfack, « Pacte de préférence et condition potestative "*virtuell*e" », *D.* 2003, p. 1190.

[1608] Cass. 3e civ., 15 janvier 2003, *D.* 2003, p. 311.

[1609] Cass. 1er civ., 6 juin 2001, *Bull.civ.* I, n° 166.

ni le prix et ni le délai ne sont des éléments de validité : « *il n'est pas dans la nature du pacte de préférence de prédéterminer le prix du contrat envisagé et qui ne sera conclu, ultérieurement, que s'il advient que le promettant en décide ainsi ; […] [le promettant] conservait […] la liberté de fixer les conditions de la cession envisagée et d'en déterminer le prix ; […] la stipulation d'un délai n'est pas une condition de validité du pacte de préférence* »[1610].

Donc, l'indétermination du prix ne représente pas une cause de nullité du pacte. Le débiteur de l'obligation de préférence a toute liberté, s'il décide d'aliéner le bien, d'en fixer le prix. Il n'y a pas de raison de fixer le prix dans un pacte alors que le débiteur de l'obligation de préférence n'a pas pris la décision de conclure le contrat. En outre, même dans l'hypothèse où son offre de contrat serait refusée par le bénéficiaire, le promettant ne peut vendre ultérieurement à un tiers qu'au même prix.

En droit roumain, la détermination du prix de l'opération finale n'est pas non plus une condition essentielle de validité du pacte de préférence. Cependant, la doctrine roumaine fait une distinction entre le prix de l'achat et le prix du droit de préférence[1611]. En effet, compte tenu du fait que la loi n'interdit pas aux parties de stipuler une contrepartie pécuniaire au droit d'option, le pacte de préférence peut avoir un caractère gratuit ou onéreux.

D'une manière générale, le prix du droit de préférence « *est le prix que le bénéficiaire accepte de payer en tant que contrepartie pécuniaire à l'accord de préférence* »[1612]. Parfois, c'est la raison pour laquelle le promettant accepte de conclure un pacte de préférence.

Parce qu'il n'y a pas de règlementation spécifique relative au prix du droit de préférence, les normes de droit commun servent de repères. Ainsi, le nouveau Code civil roumain dispose à l'article 1660 alinéa 2 que le prix « *doit être sérieux et déterminé ou au moins déterminable* ». En l'absence de stipulation contraire des parties, le prix est exigible au jour de la conclusion du pacte de préférence ou de la conclusion du contrat définitif plus vaste dont il fait partie[1613].

[1610] *Ibidem*.

[1611] I. Ionescu, *op.cit.*, p. 35, n° 39.

[1612] *Ibidem*.

[1613] *Ibid.*

L'existence d'un délai n'est pas non plus une condition de validité du pacte de préférence. Toutefois, en droit français, la question de la durée du pacte de préférence est « *délicate* »[1614], voire « *intimidante* »[1615], car « *les données législatives et jurisprudentielles les plus récentes, bien loin de clarifier la question, contribuent à l'obscurcir un peu plus* »[1616].

Le droit de préférence résultant du pacte de préférence varie quant à sa nature et sa durée selon qu'il est l'effet du contrat passé ou l'instrument de la conclusion du contrat futur[1617]. Plus précisément, dans la déclinaison du pacte de préférence sur l'axe progressiste de la conclusion du contrat, il y a deux étapes distinctes auxquelles correspondent deux droits[1618].

En effet, tant que la conclusion du contrat n'est qu'une possibilité et que le promettant n'a pas décidé d'aliéner le bien, le droit de préférence équivaut à un droit de créance passif dont la durée se confond avec celle du pacte de préférence. Cependant, dès lors qu'une offre a été émise, c'est un droit d'option qui se forme au profit du bénéficiaire du pacte. C'est à la lumière de cette étape que le pacte de préférence peut se confondre avec la promesse unilatérale de contracter. Les parties se trouvent ainsi « *dans la situation de la promesse unilatérale de vente, le bénéficiaire étant titulaire d'un droit d'option lui permettant d'acquérir ou de délaisser à sa guise* »[1619].

Donc, la durée peut être comprise soit comme période de temps relative au droit de préférence lui-même, soit comme la durée analogue au droit d'option qui se forme à partir de l'émission d'une offre[1620]. Ainsi, ce droit personnel « *change de nature avec le temps : platonique à sa formation, tant que le vendeur demeure dans l'expectative, il prend corps et devient exigible aussitôt que ce dernier s'est décidé à vendre* »[1621].

[1614] P.-Y. Gautier, « Ni prix ni délai : ne réveillez pas un pacte de préférence qui dort », *RTD civ.* 2002, p. 115.

[1615] Cass. 3e civ., 15 janvier 2003, *Defrénois*, 2003.853, obs. L. Libchaber.

[1616] S. Laquette, « Réflexions sur la durée du pacte de préférence », *RTD civ.* 2013, p. 491, n° 3.

[1617] G. Durry, *Les restrictions conventionnelles au libre choix de la personne du cocontractant*, thèse, Paris, 1957, n° 137.

[1618] S. Laquette, *loc.cit*, n° 4.

[1619] Cass. 3e civ., 15 janvier 2003, *arrêt préc.*

[1620] Cass. 1er civ., 1er, 22 décembre 1959, *RTD civ.* 1960.324, note J. Carbonnier.

[1621] Cass. 3e civ., 14 février 2007, *Defrénois*, 2007.1048, obs. R. Libchaber.

De l'analyse du droit d'option ne résulte pas de difficulté. D'un côté, lorsque l'offre faite au bénéficiaire du pacte est assortie d'un délai de réponse, elle devient caduque une fois le délai expiré. D'un autre côté, en l'absence de délai stipulé « *il s'agit d'une offre faite à une personne déterminée qui doit prendre partie, selon la jurisprudence, dans un délai raisonnable* »[1622].

En conséquence, dans les deux hypothèses, le bénéficiaire du pacte doit répondre à l'offre soit spontanément, soit dans un délai qualifié de *raisonnable*. À l'expiration de cette période de réflexion, l'offre devient caduque et le promettant est libre de conclure le contrat avec un tiers mais dans les mêmes conditions que celles proposées au bénéficiaire.

Pourtant, « *ce n'est pas l'écoulement du terme prévu qui éteint à lui seul l'avant-contrat, c'est le silence du bénéficiaire pendant sa durée qui emporte caducité* »[1623]. Ainsi, si le bénéficiaire lève l'option et conclut le contrat, le pacte de préférence ne sera plus susceptible d'extinction pour expiration du délai. En effet, c'est le refus tacite du bénéficiaire conjugué à l'échéance du délai qui emporte la caducité de l'avant-contrat. Donc, ce n'est pas une extinction « *normale* »[1624] du contrat pour survenance d'un événement certain, issu de la volonté des parties, mais une extinction anticipée de celui-ci due à un événement incertain, l'acceptation éventuelle[1625].

L'étude se complique lorsqu'il s'agit du délai du droit de préférence. Comme en matière de promesse unilatérale, les parties ont la liberté de stipuler une durée de validité du pacte. Pourtant, si le pacte n'est assorti d'aucun délai, la Cour de cassation considère depuis 1959[1626], en se fondant sur l'article 2234 du Code civil[1627], que le pacte de préférence étend

---

[1622] T. Piazzon, « Retour sur la violation des pactes de préférence », *RTD civ.* 2009.433, n°12.

[1623] R. Chaaban, *La caducité des actes juridiques. Étude de droit civil*, thèse, LGDJ, Paris, 2006, p. 230, n° 251.

[1624] I. Pétel, *Les durées d'efficacité du contrat*, thèse, Montpellier, 1984, n° 430 et s., *cit.in.* R. Chaaban, *ibidem*.

[1625] R. Chaaban, *op.cit.*

[1626] Cass. 1er civ., 22 décembre 1959, *Bull.civ.* I, n° 558 ; *JCP G* 1960.II.11495, note P.E. ; *RTD civ.* 1960.323, obs. J. Carbonnier.

[1627] L'art. 2234 du C.civ.fr. : « *La prescription ne court pas ou est suspendue contre celui qui est dans l'impossibilité d'agir par suite d'un empêchement résultant de la loi, de la convention ou de la force majeure* ».

ses effets à perpétuité, aux motifs que le bénéficiaire se trouve dans l'impossibilité d'agir tant que le promettant n'a pas décidé de conclure.

Toutefois, les dispositions de l'article 2234 doivent être aussi interprétées à la lettre de l'article 2232 du Code civil. Ainsi, l'article 2232 dispose que « *le report du point de départ, la suspension ou l'interruption de la prescription ne peut avoir pour effet de porter le délai de la prescription extinctive au-delà de vingt ans à compter du jour de la naissance du droit* ». Des interrogations sur l'imprescriptibilité du droit de préférence et les modes d'extinction du pacte de préférence ont donc émergé en doctrine.

D'abord, sur la question de la prescription du droit de préférence, la Cour de cassation a jugé que la partie « *bénéficiaire du pacte de préférence est dans l'impossibilité absolue d'exercer les droits qu'elle tient de cette convention tant que le promettant ne lui a pas fait connaître sa décision de vendre* » et, ainsi, « *la prescription ne commence à courir contre le bénéficiaire qu'à partir du jour où le promettant fait connaître son intention de contracter* »[1628]. Donc, la prescription commence à s'écouler à compter du moment où l'offre a été portée à la connaissance du bénéficiaire car *actioni non natae non praescribitur* (« *l'action ne peut se prescrire avant d'être née* »).

Ce point de vue s'oppose à celui fondé sur l'adage *contra non valentem agere non currit praescriptio* (*contre celui qui ne peut agir en justice, la prescription ne court pas*) selon lequel le droit de préférence existe dès la conclusion du pacte et son exigibilité est subordonnée à un événement incertain, la décision du promettant de conclure le contrat projeté. Une partie de la doctrine opposée à l'application de l'adage *contra non valentem* estime que l'adage n'est pas approprié à la solution de la Cour de cassation puisque la prescription ne commence à courir contre un droit qu'à partir du jour où ce droit est ouvert.

Suite à ce qui a été dit et, en conformité avec les dispositions de l'article 2224 du Code civil[1629], le point de départ de la prescription du droit de préférence est le jour où le bénéficiaire prend connaissance de la décision du promettant de conclure le contrat car c'est à partir de ce moment qu'il pourra exercer son droit de préférence.

[1628] *Ibidem*.

[1629] L'art. 2224 du C.civ.fr. : « *Les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer* ».

Rapporté au droit de préférence, deux observations s'imposent. Ainsi, « *soit on considère que le droit de préférence naît au jour de la conclusion du pacte et l'article 2232, alinéa 1er impose une prescription par vingt ans à compter de cette date ; soit (hypothèse fort peu vraisemblable) on considère que le droit du bénéficiaire ne naît véritablement qu'au jour où le promettant décide de conclure le contrat projeté, ce qui ramènerait plus ou moins en pratique, à la règle contra non valentem* »[1630].

En résumé, même s'il s'agit du droit de créance, créateur du pacte de préférence, ou du droit d'option éventuel, ils ne sauraient s'éteindre sous l'effet de la prescription car le premier n'est pas encore exigible, et que le second n'est pas encore formé[1631]. En conclusion, ni la prescription de droit commun, ni le délai butoir ne peuvent éteindre le droit de préférence tant que le promettant n'a pas manifesté sa volonté de contracter.

Ensuite, dans la doctrine il y a un débat sur les modes d'extinction du pacte de préférence. Il est admis en général que le contrat, lorsqu'il est conclu pour une durée indéterminée, donne aux parties le droit de le résilier unilatéralement. Ainsi, « *si le contrat est la loi commune des parties, la liberté qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 justifie qu'un contrat de droit privé à durée indéterminée puisse être rompu unilatéralement par l'un ou l'autre des contractants, l'information du contractant, ainsi que la réparation du préjudice éventuel résultant des conditions de la rupture, devant toutefois être garanties* »[1632].

Une partie de la doctrine considère que dans la mesure où le pacte de préférence n'est pas conclu pour une durée déterminée, les parties, et plus précisément le promettant, ont le droit de résilier unilatéralement le pacte.[1633] Certains auteurs vont plus loin en affirmant que c'est « *une option […] juridiquement incontestable* »[1634].

[1630] T. Piazzon, *loc.cit.*, note 107.

[1631] J. Klein, *Le point de départ de la prescription*, thèse, Economica, Paris, 2013, p. 355, n° 465.

[1632] Cons. Consti., 9 novembre 1999, déc. n° 99-419, *J.O.* 16 novembre 1999, p. 16962.

[1633] L. Leveneur, « Pacte de préférence : Liberté ou contrainte ? », *Dr. et patrimoine* janv. 2006, n° 144, p. 83 ; L. Rozes, « Pacte de préférence et notion voisines », *Dr. et patrimoine* janv. 2006, n°144, p. 40 ; N. Blanc, *op.cit.*, n° 28 et s.

[1634] T. Piazzon, *loc.cit.*, n° 15.

Toutefois, à ce courant doctrinal a été formulée « *une double série d'objections* »[1635]. La première critique s'appuie sur le manque de fondement de la résiliation unilatérale. En effet, alors que les contrats à durée indéterminée réalisent leur effet essentiel dès leur conclusion, l'effet des pactes de préférence est subordonné à la décision préalable du promettant de contracter. Ainsi, il est difficile de reconnaître au promettant le droit de résilier son engagement avant même qu'il ait commencé à produire son effet obligatoire essentiel. La deuxième objection tient à la potestativité du pacte de préférence. Ainsi, il a été affirmé que les parties ne vendent pas pour leur plaisir, mais parce que leur intérêt le commande ou parce que les circonstances, les nécessités dans lesquelles elles se trouvent (besoin d'argent ou de se débarrasser d'un bien inutile) l'imposent[1636]. Donc, étant donné qu'il n'y a pas une réelle liberté de la volonté et ainsi une véritable décision du débiteur de conclure la convention qui donne lieu à préférence, la condition ne sera pas « *purement potestative, ses conséquences étant suffisamment importantes pour le débiteur pour que son choix ne soit pas déterminé par le souci d'éluder son obligation* »[1637]. Il a également été objecté que la liberté du promettant porte sur la décision de conclure ou non le contrat mais non sur le fait d'accorder ou non la priorité qui constitue l'objet du pacte.

Toutefois, nous sommes enclins à la souscrire à première opinion car, à notre avis, dans la phase de formation du contrat, les parties doivent jouir de la plus grande liberté. Le pacte de préférence n'ayant que pour rôle d'aider à la formation de la volonté des parties en vue de conclure ou non le contrat définitif, donc d' « *accroître les chances de conclusion du contrat définitif, mais sans rendre sa conclusion certaine* »[1638], le promettant doit avoir la possibilité de renoncer à son obligation dans les limites du principe de bonne foi.

En autre, comme la liberté de choisir son cocontractant est l'un des attributs du principe de la liberté contractuelle, principe fondamental dans la phase précontractuelle, la qualité du bénéficiaire ne garantit pas la qualité de partie contractuelle. Ainsi, *bénéficiaire* n'est pas automatiquement *partie*, le promettant ayant la liberté de choisir son partenaire

---

[1635] S. Laquette, *loc.cit.*, n° 18.

[1636] J. Bretillard, *Le pacte de préférence*, thèse, Paris, 1929, p. 62.

[1637] T. Piazzon, *loc.cit.*, n° 15.

[1638] J. Schmidt-Szalewski, « La force obligatoire à l'épreuve des avant-contrats », *RTD civ.* 2000, p. 37.

définitif, en assumant cependant les préjudices éventuels résultant des conditions de la rupture du pacte de préférence. A l'appui de ce raisonnement peut être cité un exemple avancé en doctrine : « *un fiancé qui, contrairement à tous ses engagements, se marie avec une autre femme : admettra-t-on l'annulation du mariage et la substitution de la fiancée bafouée dans les droits de la mariée ?* »[1639].

De même, la Cour de cassation française a rendu dans un arrêt de 9 avril 2014[1640] que, sur le fondement de ne pas imposer au propriétaire de diviser son bien immeuble pour le céder à des personnes distinctes, « *le droit de préférence consenti au locataire sur un local commerciale ne s'applique pas en cas de vente de l'immeuble dans son intégralité* »[1641].

La doctrine roumaine met également l'accent sur la durée du pacte de préférence et plus précisément sur la durée du droit de préférence[1642]. Toutefois, l'analyse des auteurs roumains sur le délai dans un pacte de préférence ressemble à celle de la doctrine française.

Le pacte de préférence se divise en deux étapes qui s'enchaînent. Ainsi, la première se situe entre le moment de la conclusion du pacte de préférence et le moment où le promettant se décide à vendre, et la deuxième entre le moment où le promettant a manifesté son intention de vendre et le moment où le bénéficiaire exprime sa volonté d'acheter. Il est important de distinguer ces deux étapes car, pour la première, l'expiration du délai rend caduque directement le pacte de préférence, tandis que pour la deuxième, c'est la caducité du droit d'option, plus précisément du droit conventionnel de préemption, qui rend le pacte caduque.

Donc, la durée du délai de validité s'analyse en fonction de ces deux périodes. En effet, si les parties prévoient dans le contenu de leur convention de préférence une durée de validité,

---

[1639] D. Mainguy, « Réflexions à contre-courant en matière de violation d'un pacte de préférence », *D*. 2007, p. 1698, n° 5.

[1640] Cass. 3e civ., 9 avril 2012, n° 13-13.949, *D.* 2014. 926.

[1641] J.-B. Seuble, « Droit de préférence sur des locaux commerciaux et vente de l'immeuble entier », *RDC* 4/2014, p. 645.

[1642] I. Ionescu, *op.cit.*, p. 38 et s.

l'expiration de cette période sans que le promettant (pour la première étape) ou le bénéficiaire (pour la deuxième étape) expriment leur intention rend le pacte caduque[1643].

Cependant, le nouveau Code civil limite la durée du droit conventionnel de préemption. Ainsi, l'article 1740 intitulé « *l'extinction du droit conventionnel de préemption* » dispose expressément que « *lorsqu'il a été constitué pour un certain délai […], tout délai supérieur à cinq années à compter de la constitution est réduit à cette durée* ». Donc, la durée maximale est de cinq années.

Si les parties ne mentionnent aucun délai, avant la réforme du Code civil de 2011, en l'absence de règles juridiques, le promettant avait la possibilité de demander au juge la fixation d'un délai de réflexion[1644].

Le nouveau Code civil roumain dispose au même article 1740 que « *le droit conventionnel de préemption s'éteint par le décès du préempteur* ». Il en résulte donc que la durée du droit conventionnel de préemption est la durée de la vie du bénéficiaire.

De la combinaison des deux dispositions de l'article 1740 du nouveau Code civil, il résulte que, dans l'hypothèse où le décès du bénéficiaire du pacte (le préempteur) intervient dans le délai de cinq ans, le droit de préemption se transmet aux héritiers qui auront la possibilité de profiter de ce droit jusqu'à l'échéance du délai de cinq ans. En revanche, si le pacte de préférence ne comporte aucun délai et que le décès se produit après le délai de cinq ans, le droit devient caduc et n'est pas transmissible aux héritiers.

Sur la prescription extinctive du droit de préférence, l'article 2523 du nouveau Code civil prévoit que « *la prescription court à compter de la date à laquelle le titulaire du droit d'agir a connu ou, selon les circonstances, aurait dû connaître la naissance du droit* ». Également, l'article 2517 du nouveau Code civil prévoit un délai général de prescription de trois ans.

Donc, à la lumière des articles 2523 et 2517 du nouveau Code civil roumain, l'action de défense du droit de préférence est prescriptible dans un délai de trois ans, à compter de la date de notification de la vente du bien au bénéficiaire[1645].

[1643] D. Chirica, « Pactul de preferinta », *loc.cit.*, p. 34, n° 6 ; A.-S. Rusu, « Pactul de preferinta », *loc.cit.*, p. 151, n° 10.

[1644] *Ibidem*.

En conclusion, par son régime essentiellement jurisprudentiel, le pacte de préférence se caractérise par une exceptionnelle souplesse[1646]. Ainsi, une durée d'efficacité peut être prévue ou non, le prix peut être spécifié ou non. « *En d'autre termes, le pacte ne constitue qu'un "ticket de priorité", un avant-contrat très conditionnel, dont les obligations sont trop en germe pour être prématurément précisées. Son maître-mot [...] est "la liberté", celle, relative mais incontestable du promettant, comme celle, absolue, du bénéficiaire* »[1647].

§2. Les caractères du pacte de préférence

Un point de démarcation dans l'évolution juridique du pacte de préférence est marqué par l'arrêt de la Cour de cassation française du 26 mai 2006[1648]. Dans cet arrêt, la chambre mixte de la Cour a décidé que le bénéficiaire d'un pacte de préférence peut obtenir l'exécution forcée de la convention dès qu'il observe que sa violation aboutit à la conclusion du contrat objet du pacte de préférence avec un tiers.

Jusqu'à cette décision, l'exécution forcée en nature d'une obligation de faire était écartée sur le fondement de l'article 1142 du Code civil, qui dispose que « *toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur* »[1649]. La Cour de cassation consacre pourtant une solution en apparente contradiction avec le contenu de cet article 1142, en proclamant que « *le bénéficiaire d'un pacte de préférence est en droit d'exiger l'annulation du contrat passé avec un tiers en méconnaissance*

[1645] I. Ionescu, *op.cit.*, p. 43, n° 46.

[1646] P.-Y. Gautier, « Du pacte de préférence d'intérêt général, de son prix et de sa durée », *RTD civ.* 2010, p. 127.

[1647] *Ibidem*.

[1648] Cass.ch.mix., 26 mai 2006, *Bull.mix* IV, rapp. Bailly, concl. Sarcelet, *D.* 2006.1861, note Mainguy, Gautier, Somm. 2644, obs. Amrani-Mekki, Fauvrarque-Cosson.

[1649] L'art. 1142 du C.civ.fr. : « *Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur* ».

de ses droits et d'obtenir sa substitution à l'acquéreur »[1650], tout en assortissant sa solution de conditions strictes[1651] qu'il conviendra de développer.

La suite de notre étude s'efforcera de répondre à deux questions : d'une part, le pacte de préférence a-t-il un caractère absolu ou un caractère relatif (a) ? ; d'autre part, est-ce que la substitution au tiers acquéreur représente une limite à l'autonomie de la volonté des parties (b) ?

a. Dichotomie du caractère du pacte de préférence

La question que pose l'analyse de la jurisprudence et de la doctrine est de savoir si le pacte de préférence a un caractère absolu ou un caractère relatif.

Tout d'abord, dans la doctrine a été émise l'opinion selon laquelle les pactes de préférence doivent être considérés comme « *véritablement autonomes en ce sens qu'ils participent à la période de la négociation d'un contrat préparé, sous une forme contractuellement organisée, de telle manière que les logiques de la négociation des contrats doivent s'y retrouver, obligation de négocier de bonne foi, mais pas d'obligation de contracter, avec les risques, largement dénoncés, de rapprocher ces contrats du régime de l'offre de contracter. Finalement, c'est bien l'autonomie de ces contrats préparatoires qui est l'enjeu de la solution à donner* »[1652].

L'évolution récente de la jurisprudence de la Cour de cassation française a étendu la sanction de la violation du pacte de préférence à la substitution du bénéficiaire du pacte dans les droits du tiers acquéreur de mauvaise foi.

Pourtant, puisque le pacte de préférence ne se trouve réglementé dans aucune disposition ou réglementation spéciale, c'est au droit commun des contrats et au droit propre au contrat envisagé qu'il faut se rapporter pour caractériser le pacte de préférence.

[1650] Cass.ch.mix., 26 mai 2006, *Bull.mix* IV, *RDS* (revue des sociétés) 2006, note J.-F. Barbièri, « Exécution forcée du pacte de préférence : la substitution, une illusion ? », p. 808.

[1651] « *[…] 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* », *ibidem.*

[1652] D. Mainguy, « Réflexions à contre-courant en matière de violation d'un pacte de préférence », *D.* 2007, p. 1698.

Comme nous l'avons démontré, l'obligation du promettant qui résulte du pacte de préférence consiste en une obligation de faire, celle de proposer l'offre de contrat en priorité au bénéficiaire du pacte, et en une obligation de ne pas faire, celle de ne pas conclure le contrat avec un tiers avant de l'avoir proposé au bénéficiaire et d'avoir obtenu sa réponse.

En conséquence, ce sont les dispositions de l'article 1142 du Code civil qui s'appliquent en cas d'inexécution de l'obligation résultant du pacte de préférence. L'article 1142 représente en effet un point de démarcation entre l'obligation de donner, toujours susceptible d'exécution en nature, et l'obligation de faire ou de ne pas faire, dont l'inexécution se résout en dommages et intérêts. Ainsi, le débiteur d'un pacte de préférence, lorsqu'il se décide à contracter, s'oblige à faire une offre au bénéficiaire, doublée d'une obligation de ne pas faire, de ne pas contracter avec autrui avant le refus de l'offre par le créancier du pacte. Il ne s'engage par contre pas à transférer la propriété du bien objet du pacte lors de la conclusion du pacte de préférence. Uniquement la rencontre ultérieure des volontés des parties engendrera une obligation de donner.

Toutefois, par l'arrêt du 26 mai 2006[1653], la Cour de cassation a décidé qu'un pacte de préférence « *s'analyse en l'octroi d'un droit de préemption, et donc en obligation de donner, dont la violation doit entraîner l'inefficacité* » du contrat conclu malgré ces termes avec le tiers, et en la substitution du bénéficiaire du pacte à l'acquéreur. En autre, elle a décidée que « *l'obligation de faire ne se résout en dommages-intérêts que lorsque l'exécution en nature est impossible, pour de raisons tenant à l'impossibilité de contraindre le débiteur de l'obligation à l'exécution 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* ».

Suite à cette jurisprudence, l'article 1142 du Code civil n'empêche l'exécution directe et forcée de l'obligation violée que lorsque celle-ci est de nature à porter atteinte à une liberté fondamentale ou lorsqu'elle s'avère impossible pour des raisons matérielles (comme l'impossibilité de fournir la prestation) ou morales (par exemple en matière de prestations intellectuelles ou artistiques, ou encore d'obligations familiales).

[1653] Cass.ch.mixte, 26 mai 2006, *loc.cit.*

Également, une impossibilité juridique peut représenter un obstacle à l'exécution en nature. À titre d'exemple, la situation dans laquelle le tiers acquéreur est de bonne foi. En revanche, si le tiers est de mauvaise foi et l'acte a été passé en connaissance des droits du bénéficiaire du pacte afin de l'évincer, il n'y a pas d'impossibilité juridique d'empêcher l'exécution en nature.

Ensuite, selon l'arrêt de 2006 de la Cour de cassation, « *le bénéficiaire est en droit d'exiger l'annulation du contrat passé en méconnaissance de ses droits et d'obtenir sa substitution à l'acquéreur* ». Ainsi, une double sanction se distingue : premièrement, l'annulation du contrat passé entre le promettant et le tiers et, deuxièmement, la substitution du bénéficiaire dans les droits du tiers de mauvaise foi.

La Cour de cassation, dans un arrêt du 26 octobre 1982[1654], avait déjà affirmé que la nullité d'une vente consentie en violation d'un pacte de préférence ne pouvait être prononcée que si l'acquéreur avait contracté dans des conditions frauduleuses ; cette fraude impliquant la connaissance non seulement de la clause de préférence mais encore de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir. La sanction de l'annulation du contrat conclu en violation du pacte de préférence et les conditions assorties à son prononcé ne sont donc pas une innovation de l'arrêt de 2006, seule l'est la possibilité du bénéficiaire d'obtenir sa substitution au tiers acquéreur.

La Cour de cassation surprend toutefois par la formulation cumulative de la sanction en énonçant que le bénéficiaire « *est en droit d'exiger l'annulation du contrat [...] et d'obtenir sa substitution à l'acquéreur* ». En effet, comment substituer le bénéficiaire au tiers acquéreur si la nullité a effacé le contrat dans lequel le bénéficiaire est censé se substituer ? La substitution ne signifierait-elle pas conclusion forcée du contrat ?

La doctrine a proposé une sanction plus adéquate : la substitution directe[1655]. En effet, le contrat ne serait pas effacé, mais le bénéficiaire remplacerait le tiers. Cette solution

---

[1654] Cass. 3e civ., 26 octobre 1982, *Bull.civ.* III, n° 208.

[1655] B. Thullier, « Revirement de jurisprudence : une chambre mixte admet la substitution du bénéficiaire du pacte violé », *JCP N* 2006, n° 1256, p. 1419.

s'apparenterait à un retrait[1656] et la substitution prendrait effet à la date de la conclusion initiale et non à la date du jugement ordonnant la substitution.

En effet, une fois le contrat avec le tiers annulé, en ordonnant la substitution, le juge contraint le débiteur à contracter, et donc à émettre l'offre de priorité convenue dans le pacte. Mais, dans un système juridique qui a comme fondement l'autonomie de la volonté, le consentement doit symboliser l'expression de la volonté interne de son émetteur. Ainsi, « *la propriété conférant à son titulaire la faculté de disposer de la manière la plus absolue, la décision de transférer ne peut que résulter de son libre arbitre. Nul – pas même le juge – ne peut contraindre l'expression de l'animus transferendi dominii. À la question de savoir si "le juge au nom de la morale ou de l'efficacité économique doit disposer du pouvoir de transférer la propriété"*[1657]*, la réponse doit être négative* »[1658].

En droit roumain, dans le cas où le promettant ne respecte pas les obligations prévues dans le pacte de préférence – c'est-à-dire s'il vend le bien à un tiers sans le proposer avant au bénéficiaire ou s'il le vend dans des conditions plus favorables que celles offertes au bénéficiaire –, sa responsabilité contractuelle sera engagée, de même que la responsabilité délictuelle du tiers s'il était de mauvaise foi.

La doctrine roumaine reconnaît que la jurisprudence est assez pauvre sur les modalités de sanctionner la faute du promettant et de réparer le préjudice subi par le bénéficiaire d'un pacte de préférence, et que, dans l'esprit de la tradition juridique roumaine, la jurisprudence française reste la principale source d'inspiration sur les questions relatives aux pactes de préférence[1659].

Compte tenu de la flexibilité du principe de la liberté contractuelle et en fonction de la bonne foi ou mauvaise foi du tiers, trois sanctions sont possibles : l'obligation de payer des

---

[1656] « *Acte par lequel une personne, le retrayant, se substitue, dans les cas où la loi l'y autorise, à l'acquéreur d'un bien, le retrayé, à charge d'indemniser celui-ci de ses frais et débours (not. le prix d'acquisition)* », G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUG, Paris, 2011, p. 916.

[1657] Cass.ch.mixte, 26 mai 2006, *JCP N* 2006.I.176, obs. F. Labarthe.

[1658] J. Théron, « Nullité et substitution en cas de violation d'un pacte de préférence », *D* 2007, p. 2444.

[1659] I. Ionescu, *Antecontractul de vanzare-cumparare*, Hamangiu, Bucarest, 2012, p. 84, n° 101.

dommages-intérêts, la nullité du contrat de vente et la substitution du bénéficiaire du pacte au tiers[1660].

D'abord, l'attribution de dommages-intérêts se fonde sur la violation du principe de la force obligatoire du contrat consacré à l'article 1270 du nouveau Code civil roumain. Ainsi, à la lumière du pacte de préférence, le promettant assume une obligation de faire, celle d'offrir la priorité au titulaire du droit de préférence à l'acquisition de son bien. Si le promettant n'exécute pas son obligation, ou s'il l'exécute de façon inappropriée, il sera obligé de payer des dommages-intérêts conformément aux dispositions de l'article 1530 du nouveau Code civil[1661].

Le montant des dommages et intérêts ne se rapporte pas à une valeur forfaitaire, mais sera déterminé par le juge en rapport avec le droit commun applicable en matière de responsabilité contractuelle.

En autre, en cas d'inexécution d'une obligation de faire, l'article 1536 du nouveau Code civil roumain accorde des dommages-intérêts moratoires[1662]. Les dommages-intérêts moratoires n'ont pas pour but de remplacer les dommages-intérêts compensatoires[1663], et peuvent se cumuler avec ceux-ci. De même que les dommages-intérêts compensatoires, les dommages-intérêts moratoires peuvent être évalués de manière anticipée par les parties et déterminés par une clause pénale en vertu de laquelle une partie s'engage à verser à l'autre une somme forfaitaire.

[1660] *Ibidem*, p. 83 et s.

[1661] L'art. 1530 du n.C.civ.ro. : « *Le créancier a droit aux dommages-intérêts pour la réparation du préjudice que le débiteur lui a causé, préjudice qui est la conséquence directe et nécessaire de l'inexécution de l'obligation, lorsque cette inexécution est injustifiée ou due à une faute même non intentionnelle* ».

[1662] L'art. 1536 du n.C.civ.ro. : « *L'exécution tardive des obligations autres que celles ayant pour objet le paiement d'une somme d'argent, donne toujours droit à des dommages-intérêts moratoires au taux légal appliqué à la valeur en argent de l'obligation, à compter de la date à laquelle le débiteur est en demeure, sauf lorsqu'une clause pénale a été stipulée ou que le créancier peut prouver un préjudice supérieur causé par le retard dans l'exécution de l'obligation* ».

[1663] Les dommages et intérêts compensatoires représentent les « *dommages-intérêts destinés à réparer tout dommage autre que celui qui résulte d'un retard dans l'exécution d'une obligation*», G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 10e éd., PUF, Paris, 2014, p. 367.

Ensuite, l'existence du pacte de préférence ne rend pas automatiquement le bien inaliénable. Ainsi, vendre le bien à un tiers est, en principe, possible. Cependant, si le bien a été vendu sans respecter le droit de préférence du bénéficiaire, celui-ci peut avoir intérêt à demander l'annulation de la vente pour qu'il puisse exercer son droit.

La doctrine, en reprenant le débat de la doctrine française sur l'annulation du pacte préférence, affirme que dans l'hypothèse où « *le bénéficiaire du droit de préférence peut faire la preuve d'une fraude de ses intérêts, par la conclusion du promettant du contrat de vente avec le tiers, il se reconnaît la possibilité de solliciter l'annulation de ce contrat* »[1664].

Pour obtenir l'annulation du contrat de vente avec le tiers, deux conditions doivent être remplies[1665]. Premièrement, une condition objective selon laquelle le droit de préférence aurait été violé et l'aliénation du bien aurait été effectuée. Deuxièmement, une condition subjective qui implique que le promettant et le tiers, par la conclusion du contrat, ont voulu frauder les intérêts du bénéficiaire du pacte de préférence. Donc, l'annulation du contrat avec le tiers peut intervenir uniquement si la vente a été réalisée au profit du tiers de mauvaise foi, en fraude des droits du bénéficiaire du pacte de préférence.

Enfin, la troisième sanction qui peut être appliquée est la substitution du titulaire du droit de préférence au tiers de mauvaise foi. Si le tiers est de mauvaise foi, comme il l'a été précisé, le bénéficiaire peut demander l'annulation du contrat et l'exécution en nature de son droit.

En conclusion, nous pouvons dire que, à cause du manque de clarté du nouveau Code civil et de la pluralité des opinions de la doctrine roumaine, il appartiendra aux juges de se prononcer sur les sanctions applicables au pacte de préférence.

b. La difficulté tenant à la preuve de la mauvaise foi du tiers

En droit français comme en droit roumain, le titulaire du droit de préférence qui demande la nullité du contrat de vente passé avec un tiers et sa substitution, doit faire une double preuve.

[1664] I. Ionecu, *op.cit.*, p. 86, n° 105.

[1665] *Ibidem*, p. 86, n° 107.

En effet, pour réaliser la substitution, la Cour de cassation française soumet cette faculté à deux conditions : « *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, 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* »[1666]. Ces conditions ont été énoncées dès 1902 mais seulement pour l'annulation de l'acte frauduleux[1667]. Elles ont été réaffirmées par les arrêts du 31 janvier 2007[1668] et 14 février 2007[1669] de la Cour de cassation.

La difficulté au regard de la preuve réside dans la connaissance de la part du tiers de l'intention du bénéficiaire de se prévaloir de son droit. La charge de la preuve incombant au demandeur, c'est au bénéficiaire qui demande la substitution de rapporter la preuve que le tiers savait qu'il entendait faire usage de son droit de préférence. Or, ce n'est pas chose aisée, tant et si bien que la preuve demandée a pu être qualifiée de *probatio diabolica*[1670]. En effet, le bénéficiaire du pacte de préférence ayant la liberté d'accepter ou non l'offre qui lui sera faite par le promettant, le tiers ne peut connaître sa volonté de contracter qu'à partir du moment où le promettant lui propose l'offre. L'intention de contracter ne pouvant ainsi être présumée, c'est au bénéficiaire de se manifester et donc de faire connaître son désir auprès des tiers pour que la mauvaise foi soit établie.

C'est même cette spécificité du pacte de préférence qui marque la différence avec la violation d'une promesse unilatérale, pour laquelle uniquement la connaissance de l'existence de la promesse est imposée. En effet, dans l'hypothèse de la violation d'une promesse, les conditions de la vente sont déjà connues et la décision de lever l'option est plus facilement prévisible dans ce cas, puisqu'elle ne dépend pas de facteurs inconnus au jour de la promesse.

[1666] Cass.ch.mixte, 26 mai 2006, n° 03-19376, *Bull.mixt* 2006, p. 13, n° 4.

[1667] Cass., req., 15 avril 1902, *D.* 1903, I, p. 38.

[1668] Cass. 3e civ., 31 janvier 2007, n° 05-21.071, *D.* 2007.1891, note D. Mainguy.

[1669] Cass. 3e civ., 14 février 2007, n° 05-21814, *Bull. civ.* III, n° 25, note. J. Théron.

[1670] P.-Y. Gautier, « Exécution du pacte de préférence : un peu victoire à la Pyrrhus, beaucoup *probatio diabolica* », *D.* 2006, p. 1863, n°8.

D'une manière plus concrète, il est très difficile au bénéficiaire du pacte de prouver que le tiers avait connaissance de son intention de se prévaloir du pacte. Le bénéficiaire n'apprend souvent que son droit de priorité a été violé qu'une fois que le contrat a été conclu avec le tiers. D'ailleurs, il ne connaîtra l'identité de l'acquéreur qu'à ce moment là. Par conséquent, par sa position, la Cour de cassation impose au bénéficiaire de manifester préventivement son intention de garder son droit de priorité.

Les projets d'harmonisation français semblent être plus concrets et éclairer les lacunes législatives. Ainsi, les alinéas 2 et 3 de l'article 1106-1 de l'avant-projet Catala disposent que « *le promettant est tenu de porter à la connaissance du bénéficiaire toute offre relative au contrat soumis à préférence* » ; « *le contrat conclu avec un tiers est inopposable au bénéficiaire de la préférence, sous réserve des effets attachés aux règles assurant la protection des tiers de bonne foi* ». L'article 31 du projet Terré prévoit par ailleurs que « *lorsque, en violation d'un pacte de préférence, un contrat a été conclu avec un tiers qui en connaissait l'existence, le bénéficiaire du pacte peut demander au juge de le substituer au tiers dans le contrat conclu. Le tout sans préjudice de dommages et intérêts* ». De même, l'article 1125, alinéa du projet d'ordonnance de la Chancellerie de mars 2015 dispose que « *lorsque, en violation d'un pacte de préférence, un contrat a été conclu avec un tiers qui en connaissait l'existence, le bénéficiaire peut agir en nullité ou demander au juge de le substituer au tiers dans le contrat conclu. Le bénéficiaire peut également obtenir la réparation du préjudice subi* ».

Il faut note que l'alinéa 2 de l'article 1106-1 de l'avant-projet Catala met à la charge du promettant une obligation particulière, celle d'informer le bénéficiaire du pacte de toute offre relative au contrat projeté. Une question peut toutefois être posée : si l'offre émane d'un tiers et que le promettant n'envisage pas d'y répondre positivement, et donc de contracter, est-il tout de même tenu d'informer le bénéficiaire ? La réponse nous semble être négative, car il n'y a aucun changement de la situation initiale.

Une autre question qui peut se poser est celle de savoir si l'obligation d'information porte également sur le contenu de l'offre ou si elle doit se limiter uniquement à l'existence de l'offre sans dévoiler ainsi ce qui relève du secret des affaires. C'est à la suite de ces questions

que la proposition contenue dans l'alinéa 2 de l'article 1106-1 de l'avant-projet Catala n'a pas été reprise dans les dispositions du projet Terré[1671].

S'agissant de la violation du pacte de préférence, c'est-à-dire de la conclusion du contrat avec un tiers, trois observations ont été formulées à l'égard des dispositions de l'avant-projet Catala[1672]. Premièrement, en vertu du principe de l'effet relatif des conventions, le contrat conclu avec un tiers de bonne foi est valable et efficace. En revanche, le bénéficiaire du pacte doit faire la preuve de la mauvaise foi du tiers, qui seule lui permettra d'obtenir la sanction du contrat litigieux. Deuxièmement, l'exception prévue est la bonne foi. Pourtant, la formule « *sous réserve des effets attachés aux règles assurant la protection des tiers de bonne foi* » n'est pas très claire et donnera naissance à des débats dans la doctrine et à une application qui ne sera pas unitaire dans la jurisprudence. Troisièmement, la sanction proposée est l'inopposabilité du contrat au bénéficiaire du pacte. Il serait préférable que l'inopposabilité soit remplacée par la nullité du contrat. Ainsi, l'inopposabilité se distingue de la nullité par le fait que certains des effets de l'acte inopposable peuvent être conservés puisque le but recherché est limité à la protection d'un tiers.

Finalement, le projet Terré a décidé à l'article 31 qu'une alternative doit se présenter au bénéficiaire : soit le contrat conclu avec le tiers ne l'intéresse pas au regard des conditions conclues et il n'a pas d'intérêt à demander la substitution, la seule sanction de la violation du pacte étant par conséquent la mise en jeu de la responsabilité contractuelle du promettant ; soit le contrat présente un intérêt pour le bénéficiaire et ainsi il demande la substitution au juge.

Le projet d'ordonnance de la Chancellerie de mars 2015 apporte une nouveauté concernant le tiers de mauvaise foi. Plus précisément, l'alinéa 2 de l'article 1125 prévoit que si le tiers présume l'existence d'un pacte de préférence, il a la possibilité de « *demander la confirmation par écrit au bénéficiaire dans un délai raisonnable* ». Selon l'alinéa suivant, qui complète les dispositions de l'alinéa 2, « *à défaut de réponse, le bénéficiaire du pacte de préférence ne pourra plus solliciter sa substitution au contrat conclu avec le tiers, ni la nullité du contrat, à moins que le pacte ne contienne une clause de confidentialité* ».

[1671] C. Aubert de Vincelles, « Le processus de conclusion du contrat », *in* F. Terré (*dir.*), *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, Paris, 2009, p. 140.

[1672] *Ibidem*, p. 141.

CONCLUSIONS DE LA DEUXIÈME PARTIE

Avec l'introduction de la notion de contrat sous la forme d'avant-contrats dans la phase des négociations, la responsabilité civile de nature contractuelle étend ses effets lors de cette période extracontractuelle.

Comme nous venons de le voir, les avant-contrats peuvent avoir des formes et rôles très divers. Ainsi, il existe des accords préliminaires qui expriment le consentement définitif des parties sur certains points de la négociation ou des accords qui ont pour fonction de créer un cadre pour les négociations futures[1673]. Également, il y a des avant-contrats dont l'objet est d'aboutir à la conclusion d'un contrat définitif ou d'offrir une préférence à sa conclusion.

Toutes ces formes d'avant-contrats sont créatrices d'obligations. Ainsi, ils ont une force obligatoire et leur « *inexécution appelle normalement une sanction, à moins que l'exécution n'ait été rendue impossible par la force majeure* »[1674].

La responsabilité civile peut engendrer soit des dommages et intérêts, soit une réparation en nature, c'est-à-dire une exécution forcée des obligations contractuelles[1675].

Toutefois, puisque les avant-contrats créent des obligations de faire, la réparation en nature n'est pas possible[1676]. Ainsi, dans le rapport créancier-débiteur, c'est une responsabilité civile de nature contractuelle qui entraine la condamnation du débiteur à des dommages-intérêts.

En outre, nous acquiesçons à l'opinion selon laquelle la phase précontractuelle a pour rôle d'aider à la formation de la volonté définitive de conclure le contrat. Ainsi, tous les actes préparatoires faits lors de cette phase n'ont pour but que de sécuriser la manifestation sans

---

[1673] G. Viney, « Introduction à la responsabilité », *in* J. Ghestin (*dir.*), *Traité de droit civil*, 3e éd., LGDJ, Paris, 2008, p. 553, n° 197-2.

[1674] F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, 11e éd., Dalloz, Paris, 2013, p. 606, n° 558.

[1675] G. Viney, *op.cit.*, p. 450, n° 171-1.

[1676] L'art. 1142 du C.civ.fr. : « *Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts de la part du débiteur* » ; L'art. 1528 du n.C.civ.ro. : « *(1) En cas d'inexécution d'une obligation de faire, le créancier peut exécuter lui-même ou faire exécuter, aux frais du débiteur. (2) Sauf lorsque le débiteur est en demeure de plein droit, le créancier peut exercer ce droit uniquement s'il en informe le débiteur soit en même temps qu'il le met en demeure, soit ultérieurement* ».

équivoque du choix de conclure ou non le contrat. Par conséquent, la conclusion du contrat ne peut être que l'effet du libre arbitre des parties et c'est pour cela que l'inexécution de l'obligation précontractuelle est sanctionnée par des dommages-intérêts.

Classiquement, dans les deux systèmes nationaux, l'existence du droit à réparation doit remplir trois conditions : une faute contractuelle, un dommage et un lien de causalité entre la faute et le dommage[1677]. Pourtant, en réalité, la responsabilité contractuelle se démarque de la responsabilité délictuelle qui naît de la violation d'un devoir général. Ainsi, la responsabilité contractuelle est conditionnée par l'existence et le contenu du contrat unissant le créancier au débiteur[1678]. Autrement dit, la responsabilité contractuelle est retenue s'il existe un contrat entre les parties, et s'il est valablement conclu. La faute contractuelle consiste donc dans l'inexécution de l'obligation assumée dans l'avant-contrat et le dommage représente la privation de la prestation promise.

Ainsi, la responsabilité contractuelle est, avec la responsabilité extracontractuelle, un des deux éléments de la responsabilité civile[1679]. Elle est engagée soit en cas de mauvaise exécution, soit en cas d'inexécution totale ou partielle des obligations nées de l'avant-contrat. Compte tenu du fait que les avant-contrats donnent naissance à une obligation de faire ou de ne pas faire, il y a réparation par équivalent sous forme de dommages et intérêts. Le montant de ces dommages est évalué par le juge au regard du principe de réparation intégrale.

En outre, on constate que, d'une façon générale, le droit français et le droit roumain se ressemblent sur les conditions de l'engagement de la responsabilité civile précontractuelle de nature contractuelle. Chose tout à fait explicable, étant donné que le système juridique roumain avait été fortement influencé par l'adoption en 1864 du Code civil français.

Toutefois, le droit positif roumain a un peu d'avance vis-à-vis de droit positif français. Ainsi, contrairement au Code civil français, le nouveau Code civil roumain, entré en vigueur en octobre 2011, contient des dispositions nouvelles relatives aux actes précontractuels qui peuvent être conclues par les parties dans la phase des négociations organisées.

[1677] G. Viney, P. Jourdain, S. Caraval, « Les conditions de la responsabilité », *in* J. Ghestin (*dir.*), *Traité de droit civil*, LGDJ, Paris, 2013, p. 1, n° 246.

[1678] P. Malaurie, L. Aynès, P. Stoffel-Munck, *Droit civil. Les obligations*, 6e éd., LGDJ, Paris, 2013, p. 491.

[1679] Il faut mentionner que dans la doctrine française et roumaine, il y a une option qui s'oppose à l'utilisation de la locution « *responsabilité extracontractuelle* » car elle n'évoque pas la source de l'obligation (le délit), V. M.

Uliescu, « Raspunderea civila. Dispozitii generale », *in* M. Uliescu (*dir.*), *Noul code civil. Studii si comentarii. Despre obligatii*, vol. III, p. I, cartea a V-a, Universul Juridic, Bucuresti, 2014, p. 443.

Conclusion

Cette étude a consisté à présenter d'un côté la formation et la conclusion du contrat et, de l'autre, les situations qui entrainent la responsabilité civile et les conditions par lesquelles elle est engagée.

Nous avons privilégié une approche comparative entre le droit civil français et le droit civil roumain à la lumière des droits européens[1680]. L'analyse du droit européen nous a permis de voir les tendances juridiques et l'influence qu'elles ont eu sur les projets de réformes français et sur le nouveau Code civil roumain. On a pu établir ainsi que le processus de formation des contrats occupe une place importante dans les travaux européens d'unification des droits nationaux. Par ailleurs, l'harmonisation a pour effet la dissipation des divergences entre les philosophies juridiques précontractuelles de *common law* et romano-germanique[1681].

Au cours de notre étude nous avons pu constater que, bien que les juges admettent que le comportement de mauvaise foi peut être source de responsabilité civile précontractuelle, le fondement de la responsabilité est assez controversé et varie d'un ordre juridique à l'autre. En effet, la responsabilité civile balance entre sécurité juridique, autonomie privée et liberté contractuelle[1682].

En outre, même si la notion de bonne foi se trouve au cœur de la responsabilité précontractuelle, notre analyse a démontré qu'elle seule ne peut suffire à fonder la sanction

---

[1680] Par « *droit européen* » nous comprenons la législation européenne, les projets d'harmonisation et les différents systèmes nationaux comme la Common Law ou le système romano-germanique.

[1681] « *Considérée [la négociation] comme une phase de risque en droit anglo-saxon qui adopte le principe de liberté contractuelle absolue, elle est régie en droit romano-germanique par un socle de règle qui impose des limites à ce principe et engendre une certaine « déontologie précontractuelle »* », R. Monze, « Les effets de la mondialisation sur la responsabilité précontractuelle. Régimes juridiques romano-germaniques et anglo-saxon », *RIDC* 3/2007, p. 523.

[1682] L. F. Kuyven, *La responsabilité précontractuelle dans le commerce international : fondements et règles applicables dans une perspective d'harmonisation*, thèse, Université de Strasbourg – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2010, p. 435.

d'un comportement déloyal. Puisqu'il s'agit d'un principe doté d'une grande souplesse[1683], son interprétation varie avec l'évolution des pourparlers dans le temps et en fonction des circonstances objectives qui peuvent caractériser la mauvaise foi. D'ailleurs, l'application du principe de bonne foi diffère selon le système juridique. Dans les ordres juridiques de tradition civilistes il y a une divergence sur l'intensité de la bonne foi, tandis que dans *common law* la bonne foi n'est pas considère en tant que principe général lors de la phase précontractuelle[1684].

Les circonstances qui caractérisent un comportement de mauvaise foi peuvent être la rupture brutale des pourparlers et sans motif légitime, le prolongement de négociations sans avoir l'intention du conclure le contrat, le fait de tromper la confiance de partenaire.

Par ailleurs, au cours de la phase précontractuelle les parties peuvent conclure des avant-contrats qui peuvent avoir des formes variées et remplir des fonctions diverses. Promesses de contracter, contrat-cadre, pacte de préférence, accords de négociations ou de principe : tous sont de véritables contrats mais qui sont distincts du contrat définitif[1685]. Par conséquent, l'inexécution de l'obligation prévue dans ces contrats préparatoires engage la responsabilité civile de nature contractuelle.

En résumé, nous pouvons conclure que la responsabilité civile dans la phase précontractuelle a connu de profondes transformations au cours de son évolution. À l'heure de l'harmonisation européenne, voire de la globalisation, les droits français et roumain subissent des mortifications afin de clarifier des règles de plus en plus compliquées et notamment celles relatives à la responsabilité civile précontractuelle.

Cette étude n'a fait que confirmer l'importance que revêtent les pourparlers et le rôle des avant-contrats dans la fixation progressive des points acquis lors des négociations, mais elle a aussi permis de mettre en avant le besoin de sécurité auquel les parties veulent répondre en établissement des avant-contrats.

[1683] « *La bonne foi est un concept indéterminé, empreint d'une grande abstraction* », M. Cordeiro, « La bonne foi à la fin du vingtième siècle », *RDUS* 26/1996, p. 225.

[1684] S. Vigneron, « Le rejet de la bonne foi en droit anglais », *Kent Academic Repository –Kent Law School*, 2008, p. 1.

[1685] F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, 11e éd., Dalloz, Paris, 2013, p. 208, n° 190.

Table des matières

INTRODUCTION GÉNÉRALE I

PREMIÈRE PARTIE L'évolution de la responsabilité civile dans la phase de négociation libre…….. 1

TITRE PREMIER Les principes gouvernant la phase précontractuelle libre……..5

CHAPITRE PREMIER L'autonomie de la volonté……7

SECTION 1 Le principe de la liberté de négociation du contrat……. 9

Sous-section 1 Définition du principe de la négociation du contrat……9

§1. La notion de la négociation……..9

a. Les constantes de toutes les négociations……...10

b. La variété des négociations……11

§2. L'énonce du principe de la liberté de négociation le contrat……..15

a. Les théories de la négociation……15

b. Le principe de la liberté contractuelle et le principe de la liberté de négocier……..17

Sous-section 2 Le contenu du principe de la liberté de négocier le contrat……19

§1. La liberté d'initier des négociations……19

a. Le déclenchement des négociations……...19

b. La proposition d'entamer des négociations……23

§2. La liberté de poursuivre des négociations et de mener des négociations en parallèle……..25

a. La négociation commerciale infra-ordinaire……..26

b. La négociation commerciale complexe……..27

§3. La liberté de rompre les négociations……29

a. La notion de liberté de rompre les négociations……30

b. Les limites de la liberté contractuelle…….32

SECTION 2 Le principe de la liberté contractuelle…….35

Sous-section 1 La liberté contractuelle, un principe constitutionnel……..35

Sous-section 2 Le contenu du principe de la liberté contractuelle……..37

§1. Le libre choix du cocontractant……..38

§2. Le libre choix du contenu et de la forme……40

a. La liberté de choisir le contenu du contrat…….40

b. La liberté de choisir la forme du contrat…….42

§3. La liberté de contracter ou non……...43

a. L'énoncé du principe de l'engagement de contracter……..43

b. Le contenu du principe de l'engagement……48

SECTION 3 Le principe du consensualisme……...52

Sous-section 1 Définition du principe du consensualisme……..53

§1. Caractérisation du principe…….54

a. L'énonce du principe du consensualisme……54

b. Les exceptions au principe du consensualisme……..55

§2. La définition de la volonté……..57

Sous-section 2 Les éléments du consentement……...58

§1. L'offre…….58

a. Les conditions de l'offre…….60

b. L'engagement unilatéral de volonté……63

c. Rétraction, révocation, caducité…….64

§2. L'acceptation……..72

a. Les conditions de l'acceptation……...73

b. Les formes de l'acceptation…….76

c. La communication et la rétraction de l'acceptation……78

§3. Le moment et le lieu de la conclusion du contrat……...79

a. Les intérêts à déterminer le moment et le lieu de la conclusion du contrat……79

b. Le moment et le lieu de la conclusion du contrat entre absents…….80

CHAPITRE DEUXIÈME La bonne foi précontractuelle…….85

SECTION 1 La macro-analyse de la bonne foi précontractuelle. La loyauté comme devoir général du principe de la bonne foi…….85

Sous-section 1 La loyauté, la limite du principe de la négociation du contrat……...86

§1. Le cadre légal national et européen de la limite au principe de la négociation du contrat…….87

§2. Les limites générales de la liberté de négociation……..92

Sous-section 2 La loyauté, la limite du principe de la liberté contractuelle……...97

§1. Limite à la liberté de choisir le cocontractant……98

§2. Limite à la liberté de choisir le contenu…….99

§3. Limite à la liberté de contracter ou de ne pas contracter……..103

Sous-section 3 La loyauté et le principe du consensualisme……104

§1. L'engagement par volonté unilatérale et la bonne foi précontractuelle……105

§2. La bonne foi, l'obligation préexistante…….109

SECTION 2 La micro-analyse de la bonne foi précontractuelle. Les obligations spécifique……...111

Sous-section 1 L'information précontractuelle et ses « *degrés* »……..111

§1. L'obligation d'information précontractuelle……112

§2. Les formes de l'obligation d'information……..121

Sous-section 2 La coopération précontractuelle……...125

§1. Les éléments constitutifs de la coopération précontractuelle……...127

§2. L'attitude interne et le comportement bienveillant……...128

TITRE DEUXIÈME La négociation libre du contrat source de la responsabilité civile précontractuelle de nature délictuelle 133

CHAPITRE PREMIER Le préjudice précontractuel……...139

SECTION 1 Caractérisation du préjudice précontractuel……139

Sous-section 1 Notion de préjudice en droit français……...139

§1. La différence entre « *préjudice* » et « *dommage* » en droit français……...140

§2. La définition de préjudice précontractuel et la notion du préjudice précontractuel dans les projets de réforme français……141

Sous-section 2 Notion de préjudice dans les projet d'harmonisation en droit français et en droit roumain……142

§1. La différence entre la notion du « *préjudice* » et la notion du « dommage » dans les projet d'harmonisation……..... 142

§2. Le préjudice précontractuel en droit roumain……..145

SECTION 2 Les conditions du préjudice précontractuel indemnisable……146

Sous-section 1 Le préjudice doit être licite……...146

Sous-section 2 Le préjudice doit être certain……149

§1. La certitude du préjudice précontractuel déjà réalise et affecté d'un aléa……151

a. Le préjudice subi……..151

b. Le préjudice future……154

§2. Le cumul d'indemnisation……159

Sous-section 3 Le préjudice doit être personnel……...161

CHAPITRE DEUXIÈME La faute précontractuelle..... 167

SECTION 1 Caractérisation de la faute précontractuelle……..168

Sous-section 1 Définition de faute précontractuelle……168

§1. Notion de la faute……168

§2. Les comportements fautifs……...177

Sous-section 2 Les typologies de la faute précontractuelle……..180

§1. La faute dans la rupture ou faute de négociation……..181

§2. La faute de rupture……...183

SECTION 2 Les effets juridiques de la faute précontractuelle……186

Sous-section 1 La faute précontractuelle, obstacle à la conclusion du contrat……187

§1. Les effets de la faute antérieure à la pollicitation…….188

§2. Les effets de la faute postérieure à la pollicitation……...190

Sous-section 2 La rétroactivité de la faute précontractuelle…….194

§1. La faute précontractuelle commise au moment de la formation vicieuse du contrat……...194

§2. La faute précontractuelle indépendante de la formation vicieuse du contrat...199

CHAPITRE TROISIÈME Le lien de causalité dans la phase précontractuelle ……..203

SECTION 1 Le lien causal en droit français…….203

Sous-section 1 Notion de causalité……...203

§1. La causalité en droit positif……..203

§2. Les projets de réforme……..209

Sous-section 2 Les caractères du lien de causalité……212

§1. Le préjudice éprouvé, conséquence « *directe* » de la faute précontractuelle...212

§2. Le préjudice éprouvé, conséquence « *certaine* » de la faute précontractuelle. ……..215

SECTION 2 Le lien causal en droit roumaine……...218

Sous-section 1 Les prémisses de la détermination du lien de causalité……219

Sous-section 2 Les critères proposés par la doctrine et la jurisprudence……..220

CONCLUSIONS DE LA PREMIÈRE PARTIE..... 225

DEUXIÈME PARTIE L'évolution de la responsabilité civile dans la phase de négociation organisée……..229

TITRE PREMIER Caractérisation de la phase de négociation organisée du contrat 237

CHAPITRE PREMIER L'approche comparative de la phase libre et la phase organisée…….. 239

SECTION 1 Les notions de « *formation* » et d' « *exécution* » du contrat dans la tradition juridique romaniste…….239

Sous-section 1 Distinction entre la formation et l'exécution du contrat en droit roumain…….239

Sous-section 2 Caractérisation de la formation et de l'exécution du contrat en droit français……..242

SECTION 2 La « *formation* » et l' « *exécution* » du contrat dans le paradigme de l'unité universelle du droit……248

Sous-section 1 L'harmonisation des projets français de *lege ferenda* au droit positif communautaire…….248

Sous-section 2 Particularité en droit allemand et en *common law*……251

CHAPITRE DEUXIÈME Les principes régulateurs de négociation organisée du contrat……...259

SECTION 1 L'autonomie de la volonté…….259

Sous-section 1 La force obligatoire du contrat…….259

§1. Définition du principe de la force obligatoire du contrat…….260

§2. La force obligatoire des avant-contrats……270

Sous-section 2 Les effets des avant-contrats…….279

§1. Le principe de l'effet relatif des avant-contrats……280

§2. Le principe d'opposabilité des avant-contrats……..285

SECTION 2 L'exécution de bonne foi des conventions……291

Sous-section 1 L'obligation générale de bonne foi dans l'exécution des contrats…….291

§1. L'utilité de la bonne foi…….293

§2. Les devoirs associés à l'exigence de bonne foi…….294

Sous-section 2 La bonne foi lors de l'exécution des avant-contrats……..301

TITRE DEUXIÈME Les avant-contrats origine de la responsabilité civile précontractuelle de nature contractuelle……...305

CHAPITRE PREMIER Les promesses de contracter……307

SECTION 1 La promesse unilatérale de contracter……..307

Sous-section 1 La notion de promesse unilatérale de contracter……..308

§1. Définition de la promesse unilatérale de contracter…….308

§2. Les caractères de la promesse unilatérale de contracter……...310

Sous-section 2 Le régime juridique de la promesse unilatérale de contracter……..312

§1. Les conditions de validité de la promesse unilatérale de contracter……312

a. Les conditions de fond relatives à la promesse unilatérale de contracter……..313

b. Les conditions de forme relatives à la promesse unilatérale de contracter……..322

§2. Les effets de la promesse unilatérale de contracter……..325

a. Les effets de la promesse unilatérale de contracter jusqu'à la levée de l'option……..325

b. Les effets de la promesse unilatérale de contracter après la levée de l'option……..329

SECTION 2 La promesse synallagmatique de contracter…….333

Sous-section 1 La notion de promesse synallagmatique de contracter…….333

Sous-section 2 Le régime juridique de la promesse synallagmatique de contracter……..337

§1. Les conditions de validité de la promesse synallagmatique de contracter…..337

§2. Les effets de la promesse synallagmatique de contracter…….340

CHAPITRE DEUXIÈME Le contrat-cadre 349

SECTION 1 La notion de contrat-cadre……349

Sous-section 1 Nécessité du contrat-cadre……349

Sous-section 2 La qualification juridique du contrat-cadre……..353

SECTION 2 Le régime juridique du contrat-cadre……356

Sous-section 1 Les conditions de validité du contrat-cadre et des contrats d'application……..356

Sous-section 2 La responsabilité civile applicable au contrat-cadre…….364

CHAPITRE TROISIÈME Les autres avant-contrats 369

SECTION 1 Les accords de négociations…….369

Sous-section 1 L'engagement d'honneur……...369

§1. L'engagement d'honneur, moyen de se soustraire aux sanctions juridiques.…370

§2. Sanction de la violation de l'engagement d'honneur……371

Sous-section 2 L'accord de principe……..373

§1. La nature juridique de l'accord de principe……..374

§2. La qualification de l'accord de principe……...379

Sous-section 3 Les documents précontractuels…….384

§1. La notion de document précontractuel…….385

§2. La qualification juridique des documents précontractuels (*In dubio pro libertate*)……...386

SECTION 2 Les accords intermédiaires……388

Sous-section 1 Le contrat préliminaire de réservation……..389

§1. La nature juridique et le domaine d'application……...389

§2. Le régime du contrat préliminaire ……...392

Sous-section 2 Le pacte de préférence……..395

§1. La nature du pacte de préférence……..395

a. Définition du pacte de préférence…….395

b. Les conditions de validité du pacte de préférence……403

§2. Les caractères du pacte de préférence……..413

a. Dichotomie du caractère du pacte de préférence……..414

b. La difficulté tenant à la preuve de la mauvaise foi du tiers……..419

CONCLUSIONS DE LA DEUXIÈME PARTIE 423

CONCLUSION GÉNÉRALE 427

TABLES DES MATIÈRES…….433

BIBLIOGRAPHIE……...441

BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGES GÉNÉRAUX, TRAITÉS, MANUELS

Mélanges en l'honneur de Daniel Tricot (ouvrage coll.), *Professeur, avocat, juge au service du droit des affaires*, Litec, Dalloz, Paris, 2011.

Mélanges en hommage à François Terré (ouvrage coll.), *L'avenir du droit*, t. I, Dalloz, PUF, Paris, 1999.

Mélanges dédiés à Louis Boyer (ouvrage coll.), Pu Sciences Sociales, Toulouse, 1996.

Mélanges offerts à Pierre Raynaud (ouvrage coll.), Dalloz/Sirey, Paris, 1985.

Études offertes à Roger Houin (ouvrage coll.), *Problèmes d'actualité posés par les entreprises*, Dalloz-Sirey, Paris, 1985.

Alexandresco, D., *Explicatiunea teoretica si practica a dreptului civil roman*, vol. III, 2ème part., ed. Socec, Bucarest, 1925.

Anghel, I.M., Deak, Fr., Popa, M.F., *Raspunderea civila*, Editura Stiintifica, Bucarest, 1970.

Atiyah, P.S., *An introduction to the law of contract*, 5e éd., Clarendon Press, Oxford, 1995.

Aubert, J.-L., Dutilleul, F.C., *Le contrat. Droit des obligations*, 4e éd., Dalloz, Paris, 2010.

Augé, G., Le contrat et l'évolution du consensualisme chez Grotius », *Archives de Philosophie du Droit*, Paris, 1968.

Bacache-Gibeili, M., *Traité de droit civil. Les Obligations. La responsabilité civile extracontractuelle*, t. V, 2e éd., Economica, Paris, 2012.

Bar, Von C., Zimmermann, R., *Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts*, t. I, Sellier European Law Publishers, Munich, 2002.

Bentham, J., *Traité de législation civile et pénale*, Dalloz/Sirey, Paris, 2010.

Bigot de Préameneu, M., *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XIII, ECOQ, Paris, 1836.

Bloch, P., Gemain, M., Lebel, C. (et al.), *Mélanges en l'honneur de Daniel Tricot*, Litec, Dalloz, Paris, 2011.

Borcan, D., Ciuruc, M., *Nouveau Code civil roumain. Traduction, commentée*, Dalloz, Paris, 2013.

Bouglé, C., *Le Solidarisme*, V. Giard & E. Brière, Paris, 1907.

Bourgeoise, L., *Solidarité*, 3e éd., Librairie Armand Colin, Paris, 1902.

Brun, P., *Responsabilité civile extracontractuelle*, 3e éd., LexisNexis, Paris, 2014.

Buffelan-Lanore, Y., Larribau-Terneyre, V., *Droit civil. Les obligations*, 13e éd., Sirey, Paris, 2012.

Calais-Auloy, J., Temple, H., *Droit de la consommation*, 8e éd., Dalloz, Paris, 2010.

Cantacuzino, M.B., *Elementele dreptului civil*, Ed. Cartea Romaneasca, Bucarest, 1921.

Carbonnier, J., *Droit civil. Les biens. Les obligations*, PUF, Paris, 2004.

Capitant, H., Terré, F., Lequette, Y., *Les grands arrêts de la jurisprudence civile. Obligations, Contrats spéciaux, Sûretés*, 12e éd., Dalloz, Paris, 2008.

Catala, P. (sous la direction de), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, La Documentation française, Paris, 2006.

Champeil-Desplats, V., Troper, M., Grzegorczyk, C. (sous la direction de), *Théorie des contraintes juridiques*, Bruylant/LGDJ, Paris, 2005.

Chirica, D., *Tratat de drept civil roman. Contracte speciale. Vanzarea si schimbul*, vol. I, C.H. Beck, Bucarest, 2008.

Constantinesco, J.-L., *Traité de droit comparé. Introduction au droit comparé*, t. I et II, LGDJ, Paris, 1972.

Cosma, D., *Teoria generala a actului juridic civil*, Editura Stiintifica, Bucarest, 1969.

Deak, F., *Tratat de drept civil. Contracte speciale*, Ed. Actami, Bucarest, 1998.

Deak, F., *Tratat de drept civil. Contracte speciale*, 3e éd., Universul Juridic, Bucarest, 2001.

Decartes, R., *Méditations métaphysiques*, coll. Le Monde de la philosophie, Flammarion, Paris, 2008.

Deleanu, I., *Partile si tertii. Relativitatea si opozabilitatea efectelor juridice*, Ed. Rosetti, Bucarest, 2002.

Delebecque, P., Pansier, F.-J., *Droit des obligations. Contrat et quasi-contrat*, 6e éd., LexisNexis, Paris, 2013.

Delphine, C., Pélissier, A. (sous la direction de), *Contrats et Droits fondamentaux*, PUAM, Aix-Marseille, 2012.

Demolombe, C., *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. I, Hachette et Cie, Paris, 1868.

Demolombe, C., *Cours de Code de Napoléon*, Durant et Pedone Lauriel, Paris, 1869.

Demogue, R., *Traité des obligations en général*, t. I et VI, Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1932.

Eliescu, M., *Raspunderea civila delictuala*, Editura Academiei, Bucarest, 1972.

Fadda, C., *Studi giuridici in onore di Carlo Fadda*, Nabu Press, Napples, 2012.

Fages, B., *Droit des obligations*, 4e éd., LGDJ, Paris, 2013.

Fauvarque-Cosson, B., Mazeaud, D. (sous la direction de), *European Contrat Law. Materials for a Common Frame of reference : Terminology, Guiding Principles, Model Rules*, Association *Henri Capitant* des amis de la culture juridique française, Société de legislation compare, Sellier, Munich, 2008.

Fabre-Magnan, M., *Droit des obligations. 1- Contrat et engagement unilatéral*, 3e éd, PUF, Paris, 2012.

Fenet, P.A., *Recueil complet des travaux préparatoires de Code civil*, Vodecoq, Paris, 1836.

Florescu, D.C., *Drept civil. Contracte speciale*, Editura Universitatii Independente « *Titu Maiorescu* », Bucarest, 2001.

Flour, J., Loiseau, G., Serinet, Y.-M., *Droit civil. Les obligations. 1. L'acte juridique*, 15e éd., Sirey, Paris, 2012.

Fontaine, M. (sous la direction de), *Le processus de formation du contrat. Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, Bruyland/LGDJ, Bruxelles/Paris, 2002.

Fontaine, M., De LY, M., *Droit des contrats internationaux. Analyse et rédaction de clauses*, 2e éd., Bruylant, Bruxelles, 2003.

Furmston, M., Norisada, T., Poole, J., *Contract formation and letters of intent*, John Wiley & Sons, Chichester-New York, 1998.

Gandolfi, G. (sous la direction de), *Code européen des contrats*. *Avant-projet*, Académie des Privatistes Européens, Dott. A. Giuffrè editore, Milano, 2004.

Ghestin, J. (sous la direction de), *Traité de droit civil. La formation du contrat. Le contrat – Le consentement*, t. I, 4e éd., LGDJ, Paris 2013.

Ghestin, J. « L'utile et le juste dans les contrats », *in : Archive philosophique du droit*, t. 26, Sirey, Paris, 1981.

Gorla, G., *Il contratto : problemi fondamentali trattati con il metofo comparativo et casistico*, vol. 2ème, Giuffre, Milano, 1954.

Goubeaux, G., Guyon, Y., Jamin, C. (et al.), *Études offertes à Jacques Ghestin. Le contrat au début du XXIe siècle*, LGDJ, Paris, 2015.

Gounot, E., *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, thèse, Arthur Rousseau, Paris, 1912.

Groutel, H. (sous la direction de), *La responsabilité civile à l'aube du XXIe siècle. Bilan prospectif*, LexisNexis, Paris, 2001.

Grynbaum, L., Nicod, M. (sous la direction de), *Le solidarisme contractuel*, Economica, Paris, 2004.

Hamangiu, C., Rosetti-Balanescu, Baicoianu, A., *Tratat de drept civil roman*, vol. II, Ed. All, Bucarest, 1997.

Heuze, V., *La vente internationale de marchandises*, LGDJ, Paris, 2000.

Hume, D., *Traité de la nature humaine. Essai pour introduire la méthode expérimentale de raisonnement dans les sujets moraux*, t. III, White-Hart, Londres, 1739.

Ionescu, I., *Antecontractul de vanzare-cumparare*, Hamangiu, Bucarest, 2012.

Jamin, G., « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », *in* : *Études offertes à Jacques Ghestin. Le contrat au début du XXIe siècle*, LGDJ, Paris, 2001.

Jhering, Von R., *L'esprit du droit romain*, Maresq, t. III, 3e éd., 1887.

Jhering, Von R., *Culpa in contrahendo. Œuvres choisies*, t. II, Librairie A. Marescq, 1893.

Josserand, L., *Cours de droit civil positif français*, t. II, Dalloz, Paris, 1930.

Josserand, L., *Théorie générale des obligations. Les principaux contrats du droit civil*, t. II, 3e éd., Recueil Sirey, Paris, 1939.

Kelsen, H., « La théorie juridique de la convention », *in : Archives de philosophie du droit*, t. 13, Sirey, Paris, 1940.

Kelsen, H., *La théorie du droit, le droit, l'Etat*, PUF, Paris, 2001.

Lando, O., Beale, H., *Principles of European Contract Law*, Kluwer International, The Hague/London/Boston 2000.

Larroumet, C. (sous la direction de), *Droit civil*, 1er partie, t. III, Economica, Paris, 2007.

Larroumet, C., *Traité de droit civil*, t. V, 2e éd., Economica, Paris, 2012.

Malaurie, P., Aynès, L., Stoffel-Munck, P., *Droit civil. Les Obligations*, 6e éd., LGDJ, Paris, 2013.

Malinvaud, P., *Droit des obligations*, 10e éd, Litec, Paris, 2007.

Malinvaud, P., Fenouillet, D., Mekki, M., *Droit des obligations*, 13e éd., LexisNexis, Paris, 2014.

Markesinis, B., Lorenz, W., Danemann, G., *The german law of obligation. The law of contracts and restitution*, vol. I, Clarendon Press, Oxford, 1997.

Markesinis, B., Deakin, S., *Tort Law*, 6e éd., Clarendon Press, Oxford, 2007.

Marty, G., Raynaud, P., *Droit civil. Les obligations. Les sources*, t. I, 2e éd., Dalloz, 1988.

Mazeaud (H. et L.), Mazeaud (F.), Chabas (F.), *Leçons de droit civil. Théorie générale. Obligations*, vol. 1er, t. I, Montchrestien, Paris, 1998.

Mazeaud, D., « Mystères et paradoxes de la période précontractuelle », *in Études offertes à Jacques Ghestin. Le contrat au début du XXIe siècle*, LGDJ, Paris, 2001.

Moréteau, O., *Droit anglais des affaires*, Dalloz, Paris, 2000.

Mousseron, J.-M., Burst, J.-J., Chollet, N., Lavabre, C., Leloup, J.-M., Seube, A., *Droit de la distribution*, Litec, Paris, 1975.

Nicolae, M., *Tratat de publicitate imobiliara. Introducere in publicitatea imobiliara*, vol. I, Universul Juridic, Bucarest, 2011.

Obellianne, S., *Les sources des obligations*, PUAM, Aix-en-Provence, 2009.

Pedamon, M., *Le contrat en droit allemand*, 2e éd., LGDJ, Paris, 2004.

Planiol, M., *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, éd. F. Pichon, Paris, 1900.

Planiol, M., Riper, G., *Traité pratique de droit civil français. Obligation*, t. VI, LGDJ, Paris, 1957.

Pop, L., Popa, I.F., Vidu, S.I., *Tratat elementar de drept civil*. *Obligatii. Conform noului Cod civil*, Universul Juridic, Bucarest, 2012.

Popescu, T.R., Anca, P., *Teoria generala a obligatiilor*, Editura Stiintifica, Bucarest, 1968.

Pothier, R.-J., *Œuvres de Pothier*, t. III, Cosse et Del motte, Paris, 1847.

Pothier, R.-J., *Traité des obligations*, Dalloz, Paris, 2011.

Prieto, C. (sous la direction de), *Regards croisés sur les principes du droit européen du contrat et sur le droit français*, PUAM, Aix-en-Provence, 2003.

Raynaud, P., *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz, Paris, 1985.

Ricu, C.S., Frentiu, G.C., Zeca, D., Cigan, D.M. et al., *Noul Code civil. Comentarii, doctrina, jurisprudenta. Mosteniri si liberalitati. Obligatii*, vol. II, Editura Hamangiu, Bucarest, 2012.

Rieg, A., *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand,* thèse, Strasbourg, LGDJ, Paris, 1961.

Ripert, G., *Droit maritime*, 3e éd., t. II, Dalloz, Paris, 1939.

Roubier, P., *Le droit transitoire. Conflits de lois dans le temps*, Dalloz/Sirey, 1960.

Rousseau, C., *Droit international public*, t. I, Dalloz, Paris, 1979.

Saleille, R., *Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de code civil pour l'empire allemand*, 3e éd., LGDJ, Paris, 1925.

Schelling, T., *The strategy of conflict*, Harvard Univerity Press, Cambridge, 1960.

Schlesinger, R.B., *Formation of Contracts. A Study of Common Core of Legal Systems*, vol. 1er, Stevens & Sons, Londres, 1968.

Schmidt-Szalewski, J., *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, Paris, 1982.

Schultz, R., *Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law*, Sellier, Munich, 2008.

Sériaux, A., *Droit des obligations*, 2e éd., PUF, Paris, 1998.

Siegel, H., *Das Versprechen als Verpfichtungsgrund in heutingen Recht*, Berlin, 1874.

Stamler, R., *Théorie de la science juridique*, 2e éd., Halle, Paris, 1923.

Starck, B., *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, éd. Rodstein, Paris, 1947.

Starck B., Roland H., Boyer L., *Droit civil. Les obligations. 2. Contrat*, 6e éd., Litec, Paris, 1998.

Statescu C., Birsan C., *Drept civil. Teoria generala a obligatiilor*, 8e éd., All Beck, Bucarest, 2002.

Testu, F. X., *Contrats d'affaires*, 2011/2012, Dalloz, Paris, 2010.

Terré, F., Lequette, Y., *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. I et II, 12e éd., Dalloz, Paris, 2008.

Terré, F. (sous la direction de), *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, Paris, 2009.

Terré F., Simler P., Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, 11e éd., Dalloz, Paris, 2013.

Toullier, C.B.M., *Le droit civil français suivant l'ordre du code civil*, t. VI, éditeur Warée oncle et Warée fis aîné, Paris, 1812.

Tourneau, Le P. (sous la direction de), *Droit de la responsabilité et des contrats. Régime d'indemnisation 2014/2015*, 10e éd., Dalloz, Paris, 2014.

Tourneau, Le P., *La règle Nemo auditur*, LGDJ, Paris, 1970.

Tourneau, Le P. (sous la direction de), *Droit de la responsabilité et des contrats. Régime d'indemnisation 2014/2015*, 10e éd., Dalloz, Paris, 2014.

Travaux de l'Association Henri Capitant, *La bonne foi*, t. XLIII, Litec, Paris, 1992.

Turcu, I., *Noul Cod civil republicat. Cartea a cincea. Despre obligatii*, 2e éd., C.H. Beck, Bucarest, 2011.

Uliescu, M. (sous la direction de), *Noul code civil. Studii si comentarii*. *Despre obligatii*, vol. III, p. I, cartea a V-a, Universul Juridic, Bucuresti, 2014.

Vasilescu, P., *Relativitatea actului juridic. Repere pentru o noua teorie generala a actului de drept privat*, Ed. Rosetti, Bucarest, 2002.

Vasilescu, P., *Drept civil. Obligatii*, Hamangiu, Bucuresti, 2012.

Werner, A.-R., *Traité de droit maritime général. Éléments et système, définitions, problèmes, principes*, Libraire Droz, Genève, 1964.

II. DICTIONNAIRES

Alland, D., Rials, S., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy/PUF, 2003.

Cassin, B., *Vocabulaire européen des philosophies*. *Dictionnaire européen des philosophes*, Le Seuil/Le Robert, Paris, 2004.

Cornu, G., *Vocabulaire juridique*, 10e éd., PUF, Paris, 2014.

Costin, M., Muresan, M., Ursa, V. (ouvrage coll.), *Dictionar de drept civil*, Editura Stiintifica si Enciclopedica, Bucarest, 1982.

Costin, M., Costin, C., *Dictionar de drept civil de la A la Z*, Hamangiu, Bucarest, 2008.

Edon, G., *Dictionnaire Français-Latin*, Paris, Librairie classique Eugène Belin, 1973.

Guinchard, S., Debard, T., *Lexique des termes juridiques*, 16e éd., Dalloz, Paris, 2007.

Lalande, A., *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, vol. I et II, PUF, Paris, 2010.

Ray, A., *Le Petit Robert. Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française 2012*, Le Robert, Paris, 2012.

III. OUVRAGES SPÉCIAUX, THÈSES, MONOGRAPHIES

Accad, F., *Les pourparlers*, thèse, ANRT, Paris, 2003.

Alcan, F., *De la division du travail social*, 11e éd., PUF, Paris, 1986.

Alter, M., *L'obligation de délivrance dans la vente de meubles corporels*, thèse, LGDJ, Paris, 1972.

Arnaud A.-J., *Les juristes face à la société du XIXe siècle à nos jours*, PUF, Paris, 1975.

Aubert, J.-L., *Notion et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, LGDJ, Paris, 1970.

Belleger, L., *Que sais-je ? La négociation*, 8e éd., PUF, Paris, 2011.

Beauvois, J.-L., Joule, R.-V., *Petit Traité de Manipulation à l'Usage des Honnêtes Gens ou Un Essai de Vulgarisation de la Psychologie de l'Engagement*, Grenoble, Presses Universitaires de Grenoble, 2002.

Beauchard, J., « Les principes européens du droit des contrats et le droit de la consommation », *in* : *Études de droit de la consommation. Liber amicorum Jean Calais-Auroy*, Dalloz, Paris, 2004.

Bénac-Schmidt, F., *Le contrat de promesse unilatérale de vente*, thèse, LGDJ, Paris, 1983.

Bergel, J.-L., « Les contrats préliminaires de réservation dans les ventes d'immeubles à construire, unité ou dualisme ? », *JCP* 1974.

Bertet, J., *Le pacte de préférence*, thèse, F. Loviton, Paris, 1932.

Bertrand, F., *L'opposabilité du contrat aux tiers*, thèse, Paris II, 1979.

Brenner, C., *L'acte conservatoire*, thèse, LGDJ, 1999.

Bretillard, J., *Le pacte de préférence*, thèse, Paris, 1929.

Chaaban, R., *La caducité des actes juridiques. Étude de droit civil*, thèse, LGDJ, Paris, 2006.

Chabas, F., *De la déclaration de volonté en droit civil français*, thèse, Dalloz, Paris, 1931.

Chelaru, E., *Circulatia juridica a terenurilor*, All Beck, Bucarest, 1999.

Chenede, V.F., *Les commutations en droit privé. Contribution à la théorie générale des obligations*, thèse, Economica, Paris, 2008.

Ghestin, J., *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, LGDJ, Paris, 1971.

Cohérier, A., *Des obligations naissant des pourparlers préalables à la formation des contrats*, thèse, Paris, 1939.

Cumyn, M., *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité : étude historique et comparée des nullités contractuelles*, LGDJ, Paris, 2002.

Danis-Fatome, A., *Apparences et contrats*, thèse, LGDJ, Paris, 2002.

Darmaisin, S., *Le contrat moral*, thèse, LGDJ, Paris, 2000.

Deliyannis, P., *La notion d'acte illicite considéré en sa qualité d'élément de la faute délictuelle*, LGDJ, Paris, 1952.

Dejean de Labatie, N., *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, LGDJ, Paris, 1965.

Desgorges, G., *La bonne foi dans le droit des contrats. Rôle actuel et perspective*, thèse, Paris II, 1992.

Dupont, C., Magny, C., *La négociation. Théorie, pratiques et applications*, Dalloz, Paris, 1982.

Durry, G., *Les restrictions conventionnelles au libre choix de la personne du cocontractant*, thèse, Paris, 1957.

Fabre-Magnan, M., *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, thèse, LGDJ, Paris, 1992.

Fages, B., *Le comportement du contractant*, thèse, PUAM, Aix-en-Provence, 1997.

Fontaine, M., *Droit des contrats internationaux. Analyse et rédaction de clauses*, FEC, Paris, 1989.

Ferraris, J., *Le rôle des documents précontractuels dans l'interprétation par le juge du contrat*, Publibook, Paris, 2003.

Ferrier, D., « Le déréférencement d'un fournisseur par une centrale d'achat », *in* : *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, PUAM, Aix-en-Provence, 1997.

Fontaine, M., Ghestin, J. (sous la direction de), *Les effets du contrat à l'égard des tiers, comparaisons franco-belge*, LGDJ, Paris, 1992.

Forray, V., *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, thèse, LGDJ, Paris, 2007.

Godé, P., *Volonté et manifestations tacites*, PUF, Paris, 1977.

Goffaux-Callebaut, G., *Du contrat en droit des sociétés. Essai sur le contrat instrument d'adaptation en droit des sociétés*, L'Harmattan, Paris, 2008.

Goicovici, J., *Formarea progresiva a contractului*, thèse, Wolters Kluwer, Bucarest, 2008.

Gounot, E., *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, thèse, Dijon, 1912.

Guelfucci-Thibierge, C., *Nullité, restitutions et responsabilité*, thèse, LGDJ, Paris, 1992.

Guenzoui, Y., *La notion d'accord en droit privé*, LGDJ, Paris, 2009.

Gross, B., *La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats*, LGDJ, Paris, 1963.

Houtcieff, B., *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, thèse, t. II, PUAM, Aix-en–Provence, 2001.

Institut internationale pour l'unification du droit privé (UNIDROIT), *Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international 2010*, UNIDROIT, Rome, 2010.

International Chamber of Commerce, *Formation of Contracts and Precontractual Liability, The Dossiers of the Institute of International Business Law and Practice*, Pairs, 1990.

Izorche, M.-L., *L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain*, PUAM, Aix-en-Provence, 1995.

Josserand, L., *De la responsabilité du fait des choses inanimées*, Arthur Rousseau, Paris, 1897.

Karimi, A., *Les clause abusives et la théorie de l'abus de droit*, LGDJ, Paris, 2001.

Kassem, M., *L'abus de domination en matière contractuelle. Étude comparative*, thèse, Aix-Marseille, 1992.

Kerbrat-Orecchioni, C., *Les interactions verbales*, Colin, Paris, 1990.

Klein, J., *Le point de départ de la prescription*, thèse, Economica, Paris, 2013.

Kuyven, L.F., *La responsabilité précontractuelle dans le commerce international : fondement et règles applicables dans une perspective d'harmonisation*, thèse, cotutelle, Université de Strasbourg/Universida de Federal do Rio Grande do Sul, 2010.

Lake, R.B., Draetta, U., *Letters of Intent and Other Precontractual Documents. Comparative Analysis and Forms*, Butterworth Legal Publishers, Stoneham, 1989.

Laude, A., *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, thèse, PUAM, Aix-en-Provence, 1992.

Lucas-Puget, A.-S., *Essai sur la notion d'objet du contrat*, LGDJ, Paris, 2005.

Malinvaud, P., Jestaz, P., Jourdain, P., Tournafond, O., *Droit de la promotion immobilière*, 8e éd., Précis Dalloz, 2009.

Mercadal, B., Janin, P., *Les contrats de coopération inter-entreprise*, Francis Lefebvre, Paris, 1974.

Milhac, V.O., *La notion de condition dans les contrats à titre onéreux*, thèse, LGDJ, Paris, 2001.

Morgenstern, O., Neumann, Von J., *Theory of Games and Economic Behavior*, 3e éd., PUP, Princeton, 1953.

Motulsky, H., *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, Dalloz, Paris, 2002.

Mousseron, J.-M., Selinsky, V., *Le droit français nouveau de la concurrence*, Litec, Paris, 1987.

Mousseron, J.-M., Guibal, M., Mainguy, D., *L'avant-contrat*, Francis Lefebvre, Paris, 2001.

Mousseron, J.M., Mousseron, P., Raynard, J., Seube, J.-B., *Technique contractuelle*, 4e éd., Ed. Francis Lefebvre, Levallois, 2010.

Mucchielli, L., *La découverte du social. Naissance de la sociologie en France*, Le découverte, Paris, 1998.

Najjar, I., *Le droit d'option. Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, thèse, LGDJ, Paris, 1966.

Nierenberg, G.-I., *L'Art de persuader et de bien négocier*, Paris, Tchou, 1970.

Pancrazi-Tian, M.-E., *La protection judiciaire du lien contractuel*, thèse, PUAM, Aix-en-Provence, 1996.

Paulin, C., *La clause résolutoire,* thèse, LGDJ, Paris, 1996.

Penin, O., *La distinction de la formation et de l'exécution du contrat. Contribution à l'étude du contrat acte de prévision*, thèse, LGDJ, Paris, 2012.

Pétel, I., *Les durées d'efficacité du contrat*, thèse, Montpellier, 1984.

Pignatta, Le P., *La phase précontractuelle sous l'empire de la Convention de Vienne sur la vente internationale et des droits français et brésilien*, thèse, Strasbourg, 2008.

Pop, L. (sous la direction de), *Contributii la studiul obligatiilor civile*, Universul Juridic, Bucarest, 2010.

Pradel, X., *Le préjudice civil dans le droit civil de la responsabilité*, thèse, LGDJ, Paris, 2004.

Pras, B., Tarondeau, J.-C., *Comportement de l'acheteur*, Sirey, Paris, 1981.

Putman, E., *La formation des créances*, Thèse, Aix-Marseille, 1987.

Quézel-Ambrunaz, C., *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, thèse, Université de Savoie, Dalloz, Paris, 2010.

Ranouil, V., *L'autonomie de la volonté. Naissance et évolution d'un concept*, PUF, Paris, 1980.

Revet, T., « L'éthique des contrats en droit interne », *in L'éthique des affaires : de l'éthique de l'entrepreneur au droit des affaires*, PUAM, Aix-en-Provebce, 1997.

Ripert, G., *La règle morale dans les obligations civiles*, 4e éd., LGDJ, Paris, 1949.

Romain, J.-F., *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, Bruylant, Bruxelles, 2000.

Roubier, P., *Essai sut la responsabilité précontractuelle*, thèse, Université de Lyon, 1911.

Rouhette, G., *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, thèse, Paris, 1965.

Saint-Alary-Houi, C., *Le droit de préemption*, LGDJ, Paris, 1979.

Rzepecki, N., *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, thèse, Strasbourg.

Safta-Romano, E., *Contractele civile*, Polirom, Iasi, 1999.

Saleilles, R., *Les accidents de travail et la responsabilité civile : essai d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle*, Arthur Rousseau, Paris, 1897.

Saleilles, R., *De la déclaration de volonté*, Pichon, Paris, 1901.

Sayag, A. (sous la direction de), *Le contrat-cadre. 1. Exploration comparative*, Litec, Paris, 1994.

Sintez, C., *La sanction préventive en droit de la responsabilité civile. Contribution à la théorie de l'interprétation et de la mise en effet des normes*, thèse, Université de Montréal, 2009.

Steinmetz, F., *Les ventes d'immeubles à construire*, thèse, Montpellier, 1970.

Stoffel-Munck, P., *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie*, thèse, LGDJ, Paris, 2000.

Tisseyre, S., *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats. Essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen*, thèse, PUAM, Aix-en-Provence, 2012.

Tourneau, Le P., *Le franchisage*, Économica, Paris, 1994.

Vlachide, P., *Vanzarea lucrului altuia*, Bucarest, 1943.

Volansky, A.A., *Essai d'une définition expressive du droit basée sur l'idée de bonne foi*, thèse, Paris, 1929.

Vouin, R., *La bonne foi. Notion et rôle actuels en droit privé français*, LGDJ, Paris, 1939.

Worms, R., De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligation en droit romain et en droit français, thèse, éd. A. Giard, Paris, 1891.

IV. ARTICLES, CHRONIQUES, RAPPORTS

Albarian, A., « Le fidéisme contractuel », *RID comp.* 2011.

Albu, I., « Raspunderea civila precontractuala », *Dreptul* 1993.

Amar, V., Kimbrough, P.R., « Esprit de géométrie, esprit de finesse ou l'acceptation du mot « *raisonnable* » dans les contrats de droit privé américain », *DPCI* 1983.

Amrani-Mekki, S., Mekki, M., « Droit des contrats décembre 2013 - janvier 2014 », *D.* 2014.

Amrani-Mekki, S., Mekki, M., « Droit des contrats janvier 2014 – janvier 2015 », *D.* 2015.

Antippas, J., « De la bonne foi précontractuelle comme fondement de l'obligation de maintien de l'offre durant le délai indiqué « ¸ *RTD civ.* 2013.

Arhel, P., « Transparence tarifaire et pratiques restrictives », *Rép.com.* 2012.

Aubert, J.-L., « La révocation des organes d'administration des sociétés commerciales », *RTD com*. 1968.

Audebert-Lasrochas, P., « Comment différencier négociation et vente », *RFD gestion* 2004.

Barbier, H., « Caducité de l'offre sans délai après le décès de l'offrant », *RTD civ.* 2014.

Barbier, H., « Révocation de l'offre : du nouveau dans les théories de l'émission et de la réception ? », *RTD civ.* 2014.

Barret, O., « Promesse de vente », *RDI* 2011.

Barth, I., Bobot, L., « Penser la négociation commerciale », *Négociations* 2010.

Behar-Touchais, M., « Quand le pacte de préférence sort indemne de son passage devant l'Autorité de la concurrence », *RDC* 2015.

Beigner, B., « La conduite des négociations », *RTD com.* 1998.

Bergel, J.-L., « La promesse de vente d'un immeuble indivis faite par un seul des indivisaires est valable pour la portion indivise qui lui appartient », *RDI* 1995.

Bobin, J., « Les S.A.F.E.R. et leur droit de préemption », *JCP* 1969.

Boyer, L., « Les promesses synallagmatiques de vente ; contribution à l'étude des avant-contrats », *RTD civ.* 1949.

Brun, P., Gout, O., « Responsabilité civile novembre 2013 – décembre 2014 », *D*. 2015.

Bufflan-Lanore, Y., « Condition », *Rép.civ.* 2008.

Calais-Auloy, J., « L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats », *RTDC* 1994.

Cedras, J., « L'obligation de négocier », *RTD com*. 1985.

Chirica, D., « Promisiunea unilaterla de a vinde si de a cumpara », *Revista de drept comercial* 1999.

Chauvel, P., « Rupture des pourparlers et responsabilité délictuelle », *Dr. et patrimoine* 1996.

Chirica, D., « Pactul de preferinta », *Revista de drept comercial* 1999.

Cohet-Cordey, F., « Promesse unilatérale de vente : la Cour de cassation maintient le cap », *AJDI* 2012.

Cordeiro, M., « La bonne foi à la fin du vingtième siècle », *RDUS* 1996.

Creutzig, J., « Quelques remarques sur le problème de l'obligation abstraite », *RID com*. 1969.

Dagot, M., « La levée d'option conditionnelle », *JCP N* 1990.

Darmon, R. Y., « Les négociations commerciales : proposition d'une typologie », *Négociations* 2011.

Dégre, A., « Vanzarea de lucruri straine », *Dreptul* 1875.

Delpech, J.-L., « La négociation commerciale », *Pouvoirs* 1980.

Deshayes, O., « Le dommage précontractuel », *RTD com*. 2004.

Deshayes, O., « La rupture des pourparlers », *LPA* 2008.

Deshayes, O., « Perte de chance : une nouvelle jurisprudence en voie de formation », *RDC* 2014.

Désidéri, J.-P., « Les discriminations dans le choix de son cocontractant », *Dr. et patrimoine*, mai 1998.

Didier, P., « A propos du contrat de concession : la station service », *D.* 1966.

Dondero, B., « La lettre d'intention génératrice d'une obligation de résultat à nouveau reconnue par la Chambre commerciale », *D.* 2004.

Diesse, F., « Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat », *APD* 1999.

Dunné, Van J.M., *Precontractual liability. Reports to the XIIIth Congress. International Academy of Comparative Law* (Montreal, 1990), General Editor H. Hondius, éd. Kluxer, 1991.

Dupré-Dallemagne, A.-S., « Nouvelles précisions sut le régime applicable à la rupture unilatérale des pourparlers », *D.* 2004.

Dupeyroux, J.-J., « Le déclin de la présomption », *D.* 1971.

Farnsworth, A., « Precontractual liability and preliminary agreements. Fair dealing and failed negotiations », *Columbia law review*, 1987.

Fraimout, J.-J., « Le droit de rompre des pourparlers avancés », *Gaz.Pal.* 2000.

Gautier, P.-Y., « Ni prix ni délai : ne réveillez pas un pacte de préférence qui dort », *RTD civ.* 2002.

Gautier, P.-Y., « Exécution du pacte de préférence : un peu victoire à la Pyrrhus, beaucoup *probatio diabolica* », *D.* 2006.

Gautier, P.-Y., « Du pacte de préférence d'intérêt général, de son prix et de sa durée », *RTD civ.* 2010.

Gelot, B., « Clauses abusives et rédaction des contrats : Incidences de la loi du 1er février 1995 », *Defrénois*, 1995.

Ghazal, J.-P., « De la signification du mot loi dans l'article 1134, alinéa 1er, du Code civil », *RTD civ.* 2001.

Ghestin, J., « L'abus dans les contrats », *Gas.Pal.* 1981.

Ghestin, J., « La notion du contrat », *D.* 1990.

Ghestin, J., « Le contrat en tant qu'échange économique », *Revue d'économie industrielle* 2000.

Ghestin, J., « La responsabilité délictuelle pour rupture abusive des pourparlers », *JCP G* 2007.

Ghestin, J. (sous la direction de), « Doctrine chronique », *JCP G* 2008.

Ghestin, J., « La consécration de la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle », *JCP G* 2013.

Goicovici, J., « Acordul de principiu », *Dreptul* 2002.

Goicovici, J., « Formarea progresiva a contractelor. Notiune si sfera de aplicare », *Dreptul* 2008.

Golub, S., « Obligatiile precontractuale in cadrul contractului de vanzare-cumparare », *Rev. Curentul « Juridic »* 2007.

Groslière, J.-C., « Le droit de préemption, préférence ou retrait », *JCP* 1963.

Groutel, H.V., « L'acceptation des risques : dérapage ou décollage ? », *RCA* 1999.

Hage-Chanine, F., « Essai d'une nouvelle classification des droit d'option privés », *RTD civ.* 1982.

Halpérin, J.-L., « La suppression de l'expression "*bon père de famille*" », *RTD civ.* 2014.

Hantig, M., « Cauzele raspunderii delictuale in negocierile precontractuale », *Curierul Judiciar* 2014.

Hatzi, A. N., *The Anti-Theoretical Nature of Civil Law Contract Scholarship and the Need for an Economic Theory*, rapport, SSRN, 2000.

Huet, J., « Encore une modification du Code civil pour adapter le droit des contrats à l'électronique (Loi LCEN du 21 juin 2004) », *JCP G* 2004.

Huet, J., « Adieu bon père de famille », *RTD civ.* 2014.

Kenfack, H., « Pacte de préférence et condition potestative « virtuelle » », *D.* 2003.

Kessler, F., Fine, E., « Culpa in contrahendo, Bargaining in good faith and freedom of contract. A comparative study », *Harvard Law Review*, 1963.

Lachièze, C., « *La rupture des relations commerciales à la croisée du droit commun et de droit de la concurrence* », *JCP E* 2004.

Lachièze, C., « *La rupture des relations commerciales à la croisée du droit commun et de droit de la concurrence* », *JCP E* 2009.

Lagarde, X., « De la période précontractuelle », Rev. Lamy dr.civ. 2008.

Laithier, Y.-M., « Vers l'abandon du principe de libre révocabilité de l'offre ? », *RDC* 2009.

Laithier, Y.-M., « Le décès du pollicitant entraîne la coducité de l'offre faite sans délai quel que soit le type de contrat envisagé », *RDC* 2014.

Lalou, H., « Les pactes de préférence », *D.H.* 1929.

Lambert-Faivre, Y., « De la poursuite à la contribution : quelques arcanes de la causalité », *D.* 1992.

Laquette, S., « Réflexions sur la durée du pacte de préférence », *RTD civ.* 2013.

Lasalle, B., « Les pourparlers », *RRJ* 1994.

Lassales, C., « Les critères de l'abus dans la rupture des relations contractuelles », *Droit et Patrimoine*, 1997.

Larroumet, C., « De la cause de l'obligation à l'intérêt au contrat. À propos du projet de réforme du droit des contrats », *D.* 2008.

Leclercq, P., « Distribution sélective et grande distribution : Condamnation des discriminations », *RJDA* 1997.

Lefebvre, B., « La justice contractuelle : mythe ou réalité ? », *Les Cahiers de droit* 1996.

Leveneur, L., « Pacte de préférence : Liberté ou contrainte ? », *Dr. et patrimoine* 2006.

Lowe, N.V., « Contracts to contract and contracts to negotiate », *JBL* 1976.

Lula, I., « Discutii referitoarea la controversata problema a consecintelor juridice ale vanzarii bunului altuia », *Dreptul* 1999.

Magnin, F., « Réflexion critiques sur une extension possible de la notion de dol dans la formation des actes juridiques. L'abus de situation », *JCP G* 1993.

Mainguy, D., « Réflexions à contre-courant en matière de violation d'un pacte de préférence », *D*. 2007.

Malivaud, P., Jestaz, P., « Le contrat préliminaire à la vente d'immeuble à construire (à propos de l'arrêt de la 3e chambre civile de la Cour de cassation du 27 octobre 1975), *JCP* 1976.

Marchadier, F., « La bonne foi du sous-acquéreur sous le contrôle de la Cour européenne des droit de l'Homme », *RDC* 2015.

Martin, G., « La notion de fusion », *RTD com.* 1978.

Mazeaud, D., « La genèse des contrats, un régime de liberté surveillée », *Dr. et patrimoine* 1996.

Mazeaud, D., « Résiliation abusive d'une concession par le concédant qui ne laisse pas le temps suffisant au concessionnaire pour amortir les investissements qu'il a exigé de lui », *D.* 1999.

Mazeaud, D., « Regards positifs et prospectifs sur "le nouveau mode contractuel" », *P.A.* 2004.

Mazeaud, D., « Réforme du droit des contrats : haro, en Hérault, sur le projet ! », *D.* 2008.

Mazeaud, H., « Essai de classification des obligations », *RTD civ.* 1963.

Mekki, M., « Nullité et validité en droit des contrats. Un exemple de pensée par les contraires », *RDC* 2006.

Mekki, M., « Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations », *D.* 2015.

Mestre, J., « D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration », *RTD civ.* 1986.

Mestre, J., « La liberté de choisir son cocontractant : une liberté fondamentale mais non absolue », *RTD civ.* 1999.

Mestre, J., « La liberté de choisir son cocontractant (suite) », *RTD civ.* 1999.

Mestre, J., « La période précontractuelle et la formation du contrat », *PA* 5 mai 2000.

Mestre, J., Fages, B., « Mais où sont passés les *gentlemen* ? », *RTD civ.* 2003.

Mercadal, B., « Les caractéristiques juridiques des contrats internationaux de coopération industrielle », *DPCI* 1984.

Mermet, L., « La négociation comme mode de composition dans les systèmes d'action complexes », *Négociations* 2009.

Mestre, J., « Obligations et contrats spéciaux. 1. Obligations en général », *RTD civ.* 1999.

Mihai, E., « Principiile care guverneaza obligatia de informare in dreptul consumului », *Analele Universitatii de Vest din Tomisoara* 2011.

Mousseron, J.M., « Le droit de la négociation contractuelle. L'intervention juridique dans la phase précontractuelle », *RJ Thémis* 1/1995.

Mousseron, P., « Conduites des négociations contractuelles et responsabilité civile délictuelle », *RTD com*. 1998.

Najjar, I., « L'autonomie de la lettre de confort », *D*. 1989.

Najjar, I., « L'accord de principe », *D.* 1991.

Nash, J., « Equilibrium points in n-person games », *PNAS*, vol. 36, n° 1, 1950.

Nash, J., « The Bargaining Problem », *Econometrica*, vol. 18, 1950.

Nash, J., « Non-cooperative games », *Annals of Mathematics* 1951.

Oppetit, B., « L'engagement d'honneur », *D*. 1979.

Pedamon, M., « Les abus de domination », *Cah. dr. ent.* 1987.

Penneau, J., « Médecine. Réparation des conséquences des risques sanitaires », *Rép.civ.* 2013.

Pérès, C., « La liberté contractuelle et le Conseil constitutionnel », *RDC* 2013.

Petit, B., Rouxel, S., « Contrats et obligations. Définition et classification des contrats », *JCL C* 2013.

Piazzon, T., « Retour sur la violation des pactes de préférence », *RTD civ.* 2009.

Pinsolle, P., « Distinction entre le principe de l'estoppel et le principe de bonne foi dans le droit du commerce international », *JDI* 1998.

Pirovano, A., « Introduction critique au droit commercial contemporain », *RTD com.* 1985.

Pollaud-Dulin, F., Ronzano, A., « Le contrat-cadre, par-delà les paradoxes », *RTD com.* 1996.

Posner, R. A., « The Decline of Law as an Autonomous Discipline : 1962-1987 », *Harvard Law Review* 1987.

Quézel-Ambrunaz, C., **Le Bourg, J.,** « De la théorie de l'émission et de la réception en matière de droit de préemption », *RDC* 2015.

Rawach, E., « La portée des clauses tendant à exclure le rôle des documents précontractuels dans l'interprétation du contrat », *D.* 2001.

Reigné, P., « Révocabilité ad nutum des mandataires sociaux et faute de la société », *Rev. sociétés* 1991.

Riot, C., « *Les obligation de la négociation* », *RRJ* 2006.

Rozès, L., « Projets et accords de principe », *RTD civ.* 1998.

Rozès, L., « Pacte de préférence et notion voisines », *Dr. et patrimoine* 2006.

Rusu, A.-S., « Pactul de preferinta », *Dreptul* 2008.

Saint-Alary, R., « La vente d'immeuble à construire et l'obligation de garantie à raison des vices de construction », *JCP* 1968.

Saint-Jours, Y., « Accidents du travail », *D.* 1995.

Saleilles, R., « La responsabilité précontractuelle », *RTD civ*. 1907.

Sander, E., « Droit des obligations. Formalisme des actes relatifs à la propriété immobilière et aux servitudes », *JCl. Alsace-Moselle* 2005.

Sanilevici, R., Macovei, I., « Consecintele vanzarii lucrului altuia in lumina solutiilor practicii judiciare », *R.R.D.* 1975.

Savatier, R., « Les contrats de conseil professionnel en droit privé », *D.* 1972.

Schmidt, J., « La sanction de la faute précontractuelle », *RTD civ.*, 1974.

Schmidt-Szalewski, J., « La période précontractuelle en droit français », *RID comp.* 1990.

Schmidt-Szalewski, J., « La force obligatoire à l'épreuve des avant-contrats », *RTD civ*. 2000.

Schütz, R.-N., « L'exécution de la promesse de vente », *Defrénois* 1999.

Seube, J.-B., « Droit de préférence sur des locaux commerciaux et vente de l'immeuble entier », *RDC* 2014.

Simpler, P., « L'article 1134 du Code civil et la résiliation unilatérale anticipée des contrats à durée indéterminée », *JCP* 1971.

Sizaire, D., Durand-Pasquirer, G., « Vente d'immeubles à construire. Secteur protégé. Contrat préliminaire de réservation », *JCl. Construction-Urbanisme* 2011.

Stoica, V., « Relatia cauzala complexa ca element al raspunderii civile delictuale in procesul penal », *RRD* 1984.

Tegethoff, M., « Culpa in contrahendo in German an Duch Law : A comparison of Precontractual Liability », *Maastricht Journal of European an Comparative Law*, 1998.

Terneyre, P., « Secteur public et concurrence : la convergence des principes. A propos de la liberté contractuelle », *AJDA* 2007.

Théron, J., « Nullité et substitution en cas de violation d'un pacte de préférence », *D* 2007.

Thibierge-Guelffucci, C., « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ.* 1997.

Thullier, B., « Revirement de jurisprudence : une chambre mixte admet la substitution du bénéficiaire du pacte violé », *JCP N* 2006.

Tourneau, Le P., « La rupture des négociations », *RTD com*. 1998.

Traverso, V., « Interactions ordinaires dans les petits commerces : éléments pour une comparaison interculturelle », *Langage et Société*, mars 2001.

Turnafond, O., « Vente d'immeuble à construire », *Rép. civ.* 2013.

Ugo, M., « Why the Wind Changed : Intellectual Leadership in Western Law », *American Journal of Comparative Law*, 4/1994.

Vacarie, I., « La perte d'une chance », *RRJ* 1987.

Vigneron, S., « Le rejet de la bonne foi en droit anglais », *Kent Academic Repository –Kent Law School*, 2008.

Voirin, P., « Le pacte de préférence », *JCP G* 1954.

V. NOTES, OBSERVATIONS, COMMENTAIRES ET ÉTUDES

1. Notes

Aubert, J.-L., note sur Cass. 3e civ., 24 avril 1970, *Defrénois* 1971.

Aynès, L., note sur Cass. 3e civ., 8 septembre 2010, *Defrénois* 2010.

Aynès, L., note sur Cass. 3e civ., 11 mai 2011, *Defrénois* 2011.

Barbière, J.-F., note sur Cass.ch.mix., 26 mai 2006, *RDS* 2006.

Bénac-Schmidt, F., note sur Cass. 3e civ., 15 septembre 1993, *D.* 1994.

Broussolle, Y., note sur CC n° 94-348 DC du 3 août 1994, *JCP* 1995.

Bonnard, J., note sur Cass.com., 27 juin 1989, *D.* 1990.

Cabrillac, R., note sur Cass. 3e civ., 28 mars 1990, *D.* 1991.

Cannu, Le P., note sur Cass.com., 27 juin 1989, *Bull. Joly* 1989.

Carbonnier, J., note sur Cass.soc, 24 maris 1958, *JCP* 1958.

Carbonnier, J., note sur Cass. 1er civ., 22 décembre 1959, *RTD civ.* 1960.

Chauvel, P., note sur Cass.com., 7 janv. 1997, et C.cass.com., 22 avril 1997, D. 1998.

Chauvel, P., note sur Cass.com., 7 avril 1998, *D.* 1999.

Daigre, J.-J., note sur C.A. Rennes, 29 avril 1992, *Bull. Joly* 1992.

Deshayes, O., note sur Cass. 3e civ., 28 juin 2006, *JCP* 2006.

Dupré-Dallemagne, A.-S., note sur Cass.com., 26 nov. 2003, *D.* 2004.

Fieschi-Vivent, P., note sur Cass. 3e civ., 2 mai 1978, *D.* 1979.

Frank, E.-E., note sur Cass. 3e civ., 27 octobre 1975, *D.* 1976.

Gallou, le C., note sur Cass.com., 29 janv. 2008, *RLDC* 2008.

Gallmeister, I., note sur Cass. 1er civ., 24 septembre 2009, *D.* 2009.

Genicon, T., note sur Cass. 3e civ., 8 septembre 2010, *RDC* 2011.

Ghestin, J., note sur Cass.com., 14 mars 1972, *D. S.* 1972.

Ghestin, J., note sur Cass.ass.plén., 1er décembre 1995, *JCP G* 1996.

Givod, F., note sur Cass.civ., 3 février 1919, *JCP* 1984.

Groslière, J.-C., note sur C.A. Rennes, 18 décembre 1973, *D.* 1974.

Gross, B., note sur Cass.com., 6 mars 1990, *JCP* 1990.

Hemard, J., note sur Cass.com., 6 juillet 1970, *Rev.soc*. 1971.

Hocquet-Berg, S., note sur Cass. 1er civ., 24 septembre 2009, *JCP* 2009.

Houin, R., Cass.com., 11 octobre 1972 (3 arrêts), *Bull.civ.* IV, n° 223, 224, 225, *D.* 1979.

Jourdain, P., note sur Cass. 1er civ., 19 janvier 1983, *Bull.civ.* I, *JCP G* 1984.

Kenfack, H., note sur Cass. 3e civ., 15 janvier 2003, *Bull.civ.* III 2003.

Laithier, Y.-M., note sur Cass. 3e civ., 20 mai 2009, n° 08-13.230, *RDC* 2009.

Laude, A., C.A. Paris, 16 déc. 1998, *Bull. Joly* 1999.

Lecourt, A., note sur C.A. Agen, 21 août 2002, *JCP* 2003.

Legeais, D., note sur Cass. 1er civ., 10 mai 1989, *JCP* 1989.

Leveneur, L., note sur Cass. 1er civ., 24 juin 1997, *JCP N* 1998.

Levillain, L., note sur C.cass.civ., 11 juillet 1892, *D.* 1894.

Macorig-Venier, F., note sur Cass. 3e civ., 12 janvier 1994, *D.* 1995.

Magnin, F., note sur C.A. Lyon, 6 février 1980, *D.* 1980.

Mainguy, D., Gautier, P.-Y., note sur Cass.ch.mixte, 26 mai 2006, *D.* 2006.

Mainguy, D., note sur Cass. 3e civ., 11 mai 2011, *D.* 2011.

Malauvrie, P., note sur Cass. 1er civ., 28 juin 1988, *D.* 1989.

Malinvaud, P., Jestaz, P., note sur Cass. 3e civ., 24 novembre 1977, *JCP* 1979.

Matsopoule, H., Mestre, J., note sur Cass.civ., 5 novembre 1996, *D.* 1997.

Meysson, P., Tirard, M., Cass. 3e civ., 27 octobre 1975, *JCP* 1976.

Mazeaud, D., note sur Cass. 3e civ., 15 septembre 1993, *JCP* 1995.

Mazeaud, D., note sur Cass. 2e civ., 8 déc. 1993, *Réf. Def.* 1994.

Mazeaud, D., note sur Cass. 3e civ., 11 mai 2011, *D.* 2011.

Mazuyer, E., note sur Cass. 1er civ., 13 mai 2003, *D* 2004.

Mestre, J., note sur C.A. 1er ch Paris, 13 décembre 1984, *RTD civ*. 1986.

Mestre, J., note sur Cass.com., 26 nov. 2003, *RTD civ*. 2004.

Najjar, I., note sur C.A. Bordeaux, 16 octobre 1985, *D.* 1989.

Niel, P.-L., note sur Cass. 1er civ., 25 juin 2014, *PA* 2014.

Peisse, M., note sur Cass. 3e civ., 27 octobre 1975, *Gaz.Pal.* 1976.

Pillet, G., note sur Cass. 3e civ., 8 septembre 2010, *JCP* 2010.

Radé, C., note sur Cass. 1er civ., 24 septembre 2009, *RDC* 2010.

Robert, J., note sur C.A. Paris 28 sept. 1976, *JCP* 1978.

Rolland, B., note sur Cass. 3e civ., 12 janvier 2005, *Defrénois* 2006.

Schmidt, J., note sur Cass. 1er civ., 12 avril 1972, *JCP G* 1973.

Schmidt, J., note sur C.A. Rennes, 9 juillet 1975, *D*. 1976.

Schmidt-Szalevki, J., note sur Cass. 3e civ., 2 mai 1978, *D.* 1979.

Schmidt, J., note sur Cass.com., 9 févr. 1981, *D.* 1982.

Schmidt-Szalewski, J., note sur Cass.soc., 19 décembre 1989, *D.* 1991.

Sol, Del M., note sur Cass.soc. 7 juil. 1998, *JCP* 1999.

Stoffel-Munck, P., note sur Cass.com., 26 nov. 2003, *JCP E* 2004.

Stoffel-Munck, P., note sur Cass.com., 10 juillet 2007, *D.* 2007.

Tadros, A., note sur Cass. 1er civ., 25 juin 2014, *D.* 2014.

Terré, F., Lequette, Y., note sur Cass.civ., 15 avril 1872, *S.* 1872.1.232, *GAJC* 2008.

Théron, J., note sur Cass. 3e civ., 14 février 2007, *Bull. civ.* III.

Tourneau, Le P., note sur C.A. Paris, 8 décembre 1978, *Rev.jurisp.com.* 1980.

Violet, F., C.A. Paris, 10 mars 2000, *JCP* 2001.

Virassamy, G., note sur Cass.com., 4 décembre 1990, *JCP* 1991.

Virassamy, G., note sur Cass.com., 3 novembre 1992, *JCP E* 1993.

Voirin, P., note sur Cass.req. 28 mars 1938, *DP* 1939.

2. Observations

Amrani-Mekki, S., obs. sur Cass. 3e civ., 25 mai 2005, *D.* 2005.

Amrani-Mekki, S., Fauvarque-Cosson, B., obs. sur Cass. ch. mixte, 26 mai 2006, *D.* 2006.

Aubert, J.-L., obs. sur Cass.com., 14 mars 1972, *Rép. Defrénois* 1973.

Aubert, J.-L., obs. sur Cass.com., 6 mars 1990, *Defrénois* 1991.

Aubert, J.-L., obs. sur Cass. 3e civ., 20 mai 1992, *D.* 1992.

Aubert, J.-L., obs. sur Cass.com., 3 novembre 1992, *Defrénois* 1993.

Aynès, L., Cass. 3e civ., 7 avril 1993, *Defrénois* 1993.

Bergel, J.-L., obs. sur Cass. 3e civ., 21 juin 1995, *RDI* 1995.

Bonneau, T., obs. sur Cass.com., 21 janvier 1997, *Droit Sociétés* 1997.

Brun, P., obs. sur Cass. 1er civ., 24 septembre 2009, *D.* 2010.

Chabas, F., obs. sur Cass.com., 7 janv. 1981, *RTD civ.* 1981.

Chabas, F., obs. sur Cass. 3e civ., 7 janvier 1982, *RTD civ.* 1982.

Chabas, F., obs. sur Cass. 2e civ., 28 juill. 1983, *Gaz. Pal*. 1984.

Chevallier, J., obs. sur Cass.civ., 2 mars 1964, *RTD civ.* 1965.

Chevallier, J., obs. sur Cass. 3e civ., 17 juillet 1967, *RTD civ.* 1968.

Cornu, G., obs. sur Cass. 3e civ., 29 juin 1976, *Rev. Loyers* 1976.

Cothet-Cordey, F., obs. sur Cass. 3e civ., 20 décembre 2000, *AJDI* 2001.

Doireau, S., obs. sur Cass.com., 26 nov. 2003, *Rev. Lamy droit civil* 2004.

Delebecque, P., obs. sur Cass. 3e civ., 23 juin 1996, *Defrénois* 1996.

Delebecque, P., obs. sur Cass. 3e civ., 1er juil. 1998, *Defrénois*, 1998.1406.

Delpech, X., obs. sur Cass.com., 23 janvier 2007, *D.* 2007.

Durry, G., obs. sur Cass.com., 20 mars 1972, *RTD civ*. 1972.

Fages, B., obs. sur Cass. 3e civ., 20 mai 2009, *RTD civ.* 2009.

Fages, B., obs. sur Cass.1er civ., 28 mai 2008, *RTD civ.*2008.

Fages, B., obs. sur Cass. 1er civ. 3e, 8 septembre 2010, *RTD civ.* 2010.

Fages, B., obs. sur Cass.com., 10 janvier 2012, *RTD civ.* 2012.

Fages, B., obs. sur Cass.com. 25 juin 2013, *RTD civ.* 2013.

Favoreu, L., obs. sur CC. n° 97-388 DC du 20 mars 1997, *RFDC* 1997.

Forest, G., obs. sur Cass. 3e civ., 7 mai 2008, n° 07-11.690, *D.* 2008.

Gaïa, P., obs. sur CC n° 94-348 DC du 3 août 1994, *RFDC* 1994.

Giverdon, C., obs. sur Cass. 3e civ., 25 juin 1975, *RTD civ.* 1976.

Groslière, J.-C., Jestaz, P., obs. sur Cass. 3e civ., 9 février 1983, *RDI* 1983.

Hémard, J., Bouloc, B., C.A. Pau, 14 janvier 1969, *RTD com*. 1987.

Kebir, M., obs. sur Cass. 3e civ., 29 mai 2013, *Dalloz actualité* 2013.

Laithier, Y.-M., obs. sur Cass.com., 23 janvier 2007, *RDC* 2007.

Laithier, Y.-M., obs. sur Cass.com., 18 janv. 2011, *RDC* 2011.

Legeais, D., obs. sur Cass.com., 10 janvier 2012, *RTD com.* 2012.

Leveneur, L., obs. sur Cass.com., 18 janv. 2011, *RDC* 2011.

Libchaber, R., obs. sur Cass. 3e civ., 31 janvier 2007, *Defrénois* 2007.

Lienhard, A., obs. sur Cass.com., 9 juillet 2002, *D.* 2002.

Lousouarn, Y., obs. sur Cass. 3e civ., 24 avril 1970, *RTD civ.* 1971.

Loussouarn, Y., obs. sur Cass.com., 11 octobre 1972 (3 arrêts), n° 223, 224, 225, *JCP G* 1979.

Mazeaud, D., obs. sur Cass.com., 6 mars 1990, *RDC* 2004.

Mazeaud, D., obs. sur C.A. Paris, 29 janvier 1996, *D.A.* 1996. 389, *Rep.not.* 1996.

Mazeaud, D., obs. sur Cass. 1er civ., 16 février 1999, *D.* 2000.

Mazeaud, D., obs. sur Cass.com., 26 nov. 2003, *RDC* 2004.

Mazeaud, D., obs. sur Cass. 1er civ., 24 mai 2005, *RDC* 2005.

Mekki, S.A., Mekki, M., obs. sur Cass.com., 18 janv. 2011, *D.* 2012.

Mestre, J., obs. sur C.A. Paris, 18 juin 1984, *RTD civ.* 1984.

Mestre, J., obs. sur C.A. Paris, 30 avril 1984, *RTD civ.* 1985.

Mestre, J., obs. sur C.A. Paris, 26 juin 1985, *RTD civ.* 1985.

Mestre, J. obs. sur Cass.soc., 30 avril 1987, *RTD civ*. 1988.

Mestre, J., obs. sur Cass.com., 23 mai 1989, *RTD civ.* 1989.

Mestre, J., obs. sur Cass.com., 22 févr. 1994, *RTD civ.* 1994.

Mestre, J., obs. sur Cass. 3e civ., 15 septembre 1993, *RTD civ.* 1994.

Mestre, J., obs. sur C.A. Paris, 18 octobre 1994, *RTD civ.* 1995.

Mestre, J. obs. sur Cass.com., 21 janvier 1997, *RTD civ.* 1997.

Mestre, J. obs. sur C.A. Paris, 13 mai 1988, *RTD civ.* 1989.

Mestre, J., Fages, B., obs. sur C.A. Paris, 5 nov. 1999, *RTD civ*. 2000.

Mestre, J., Fages, B., obs. sur C.A. Paris, 5 nov. 1999, *RTD civ*. 2000.

Mestre, J., Fages, B., obs. sur C.A. Paris, 25e ch., 19 janvier 2001, *RTD civ.* 2001.

Mestre, J., Fages, B., obs. sur Cass.com., 18 juin 2002, *RTD civ*. 2003.

Mestre, J., Fages, B., obs. sur Cass.com., 26 nov. 2003, *RTD civ.* 2004.

Mestre, J., **Fages, B.**, obs. sur Cass. 1er civ., 24 mai 2005, *RTD civ.* 2005.

Mistretta, P., obs. sur Cass. 1er civ., 24 septembre 2009, *JCP* 2009.

Néau-Leduc, C., obs. sur Cass. 1er civ., 13 février 2001, *JCP E* 2002.

Respaud, J.L., Mainguy, D., obs. sur Cass.com., 28 mars 2000 et 6 juin 2000, *Cah.dr.ent.* 2001.

Rontchevsky, N., obs. sur Cass.com., 9 juillet 2002, *Banque et droit* 2002.

Savaux, E., obs. sur Cass. 3e civ., 4 juillet 2007, *Defrénois* 2007.

Savaux, E., obs. sur Cass.com., 23 janvier 2007, *Defrénois* 2007.

Savaux, E., Cass. 3e civ., 25 mars 2009, *Bull.civ.* III, *Defrénois* 2009.

Sizaire, C., obs. sur Cass. 3e civ., 28 janvier 2009, *JCl. Construction-Urbanisme* 2009.

Tourneau, Le P., obs. sur Cass.com., 11 octobre 1972 (3 arrêts), *Bull.civ.* IV, n° 223, 224, 225, *Rev.jur.com.* 1979.

Vermelle, G., Cass. 3e civ., 2 février 1983, *Defrénois* 1983.

Viney, G., obs. sur Cass.com., 26 nov. 2003, *JCP G* 2004.

Vogel, L., obs. sur C.A. Paris, 15 mai 1998, *Contrat*, *conc. consom.* 1998.

3. Commentaires

Schoettl, J.-E., comm. sur CC n° 98-401 DC du 10 juin 1998, *AJDA* 1998.

Prétot, X., étude sur CC. n° 97-388 DC du 20 mars 1997, *Dr.soc.* 1997.

VI. OUVRAGES EXTRA-JURIDIQUES

Compte-Sponville, A., *Le bonheur, désespérément*, Librio, Paris, 2012.

Dupuy, J.-P., *Pour un catastrophisme éclairé. Quand l'impossible est certain*, Seuil, Paris, 2002.

Rousseau, J.J., *Lettres écrites de la montagne*. *Seconde partie, Huitième lettre*, Marc Michel Rey., Amsterdam, 1764.

VII. SITES D'INTERNET

Ciutacu, F., Sarchizian, A., « Pactul de optiune si promisiunea de a contracta in noul Cod civil », n° 3, http://www.juridice.ro/160355/pactul-de-optiune-si-promisiunea-de-a-contracta-in-noul-cod-civil.html.

Miltenburg, Van A., « La réception de marchandises non commandées par le consommateur, article 241a du BGB » ; http://m2bde.u-paris10.fr/content/la-r%C3%A9ception-de-marchandises-non-command%C3%A9es-par-le-consommateur-article-241a-du-bgb-par-aur%C3%A9.

Joule, R.-V., *La psychologie de l'engagement. Ou comment amener autrui à modifier librement ses idées et ses comportements ?* ; http://www.melcion.com/files/robert-vincent-joule-1.pdf

avocatconsult.net/cauzele-care-exclud-existenta-raspunderii-civile.

http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/assemblee_pleniere_22/boval_conseiller_12302.html.

http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais.

http://www.senat.fr

http://revcurentjur.ro/arhiva/attachments_200712/recjurid071_29F.pdf

http://www.unidroit.org/french/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-french.pdf.

UNIVERSITÉ DE STRASBOURG

Radu STANCU

École Doctorale
ED 101 Droit Science politique Histoire

L'ÉVOLUTION DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE DANS LA PHASE PRÉCONTRACTUELLE.

Comparaison entre le droit civil français et le droit civil roumain à la lumière du droit européen

Résumé

La thèse a pour but l'analyse de l'évolution récente du droit civil français et roumain de la responsabilité civile au cours de la période précontractuelle. Nous avons privilégié une approche comparative entre les deux droits nationaux à la lumière des droits européens.

Au cours de la période précontractuelle les parties sont libres de négocier comme elles le veulent, mais sans causer un dommage à leur partenaire. Il y a un lien qui se crée entre les parties et qui ne peut être rompu que conformément au principe de la bonne foi.

Nous avons pu constater que le fondement de la responsabilité est assez controversé et varie d'un ordre juridique à l'autre. En effet, la responsabilité civile balance entre sécurité juridique, autonomie privée et liberté contractuelle.

En résumé, la phase précontractuelle a connu de profondes transformations au cours de son évolution. À l'heure de l'harmonisation européenne, voire de la globalisation, les droits français et roumain subissent des modifications afin de clarifier des règles de plus en plus compliquées et notamment celles relatives à la responsabilité civile précontractuelle.

Mots-clés : *droit des obligations* ; *formation du contrat* ; *responsabilité civile précontractuelle* ; *autonomie de la volonté* ; *bonne foi*

Abstract

The thesis finds its main purpose in the study of the recent evolution of French and Romanian civil law of liability during the pre-contractual period. We favored a comparative approach between national rights, in the light of European laws.

During the pre-contractual period, the parties are free to negotiate as they please, as long as they do not cause damage to their partner. A bond is created between the parties and it can only be broken in accordance with the principle of good faith.

We noted that the basis of liability is fairly controversial and varies from one legal system to another. Indeed, the civil liability is balances between legal security, private autonomy and freedom of contract.

In summary, the pre-contractual phase has experienced profound transformations in its evolution. At the time of European harmonization, or even globalization, French and Romanian law undergo modifications in order to clarify the most complicated rules, in particular those relating to pre-contractual civil liability.

Key words : *law of obligations* ; *formation of contracts* ; *pre-contractual liability* ; *autonomy of will* ; *good faith*