



HAL
open science

La procédure de data-room dans la vente d'immeubles affectés à une activité commerciale.

Maxime Faurel

► **To cite this version:**

Maxime Faurel. La procédure de data-room dans la vente d'immeubles affectés à une activité commerciale.. Droit. Université Paris-Est, 2014. Français. NNT : 2014PEST0020 . tel-01142484

HAL Id: tel-01142484

<https://theses.hal.science/tel-01142484>

Submitted on 15 Apr 2015

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

UNIVERSITE PARIS-EST-CRETEIL
FACULTE DE DROIT
Ecole doctorale Obligations, Biens, Marchés

Thèse pour le doctorat en droit

Présentée et soutenue publiquement par
Maxime FAUREL
le 23 janvier 2014

**La procédure de data-room dans la vente
d'immeubles affectés à une activité commerciale**

Directeurs de thèse :

M. le Professeur Georges DECOCQ
M. Albert MALAQUIN

Professeur à l'Université Paris-Est-Créteil
Directeur Général ALTAREA France

Suffragants :

M. le Professeur Claude BRENNER
M. le Professeur Jérôme HUET
M. Pierre CAIN
M. Thierry LEDIEU

Professeur à l'Université de Paris II
Professeur à l'Université de Paris II
Professeur associé à l'UPEC
Directeur investissements ICADE-CONSEIL

L'université n'entend donner aucune approbation
ou improbation aux opinions émises dans ce document.
Ces opinions doivent être considérées comme
propres à l'auteur.

Remerciements :

Merci à M. le Professeur Georges DECOCQ et à M. Pierre CAIN de m'avoir accompagné durant ces années de recherche. Leur disponibilité et leurs conseils me furent précieux.

Merci à M. Albert MALAQUIN pour la confiance dont il m'a honoré en acceptant de suivre cette thèse.

Merci enfin à MM. les Professeurs Claude BRENNER et Jérôme HUET d'avoir accepté d'être les rapporteurs de cette thèse et à M. Thierry LEDIEU d'en être l'un des examinateurs.

Tous mes remerciements à l'ensemble des collaborateurs de la société ALTAREA-COGEDIM et plus spécifiquement aux membres du service ASSET MANAGEMENT: MM. Thibault BOURDON, Antoine DE MATHAN, Romain GALERNEAU et Olivier GRANIER ainsi que Mlle Mahalia ADAMON, dont les conseils (autres que juridiques ...) me furent précieux.

En dernier lieu, une pensée toute particulière pour ma famille et mes amis (la liste risquerait d'être trop longue et non-exhaustive ...) et plus spécifiquement mes parents M. et Mme Jacques FAUREL (qui me déposèrent pour la première fois à l'école il y'a presque 27 ans ...), mes grands-parents M. et Mme Michel MORFOUASSE, mon frère M. Hugo FAUREL, ma femme Mme Charlotte FAUREL-ALLIER (merci pour ces années exceptionnelles et pour toutes celles à venir ...) qui ont su m'entourer de tout le soutien nécessaire durant ces dernières années.

Liste des principales abréviations

-A-

Act. : Actualité
AJDA : Actualité juridique de droit administratif
Al. : Alinéa
AMF : Autorité des marchés financiers
ASS. Plén : Assemblée Plénière

-B-

Bull. : Bulletin des arrêts de la Cour de cassation
Bull. Joly : Bulletin Joly

-C-

CA : Cour d'Appel
CAA : Cour Administrative d'Appel
CE : Conseil d'état
CEDH : Cour Européenne des Droits de l'Homme
CJCE : Cour de Justice des Communautés Européennes
C. civ. : Code civil
C. com : Code du commerce
C. env. : Code de l'environnement
C. pen. : Code pénal
Ch. : Chambre
Ch. réunies : Chambre Réunies
Civ. : Chambre civile de la Cour de cassation
Com. : Chambre commerciale de la Cour de cassation
Crim : Chambre criminelle de la Cour de cassation
COB : Commission des Opérations Boursières
Comm. : Commentaire
Concl. : Conclusions
Cons. Constit : Conseil Constitutionnel
Const. urb. : Construction urbanisme
Cont. conc. cons. : Contrats concurrence et Consommation

-D-

D. : Dalloz
D. aff. : Dalloz Affaires

dir. : sous la direction de
Doct. : Doctrine
DP : Droit Pénal
Dr. et pat. : Droit et patrimoine

-E-

éd: édition
Ent & Aff. : Entreprise et affaire

-F-

Fasc. : fascicule

-I-

ibid: ibidem (cité à la référence précédente)
infra : au-dessous de

-J-

JCP: Juris-Classeur Périodiques (Semaine Juridique)
JO : Journal officiel de la République Française

-L-

LPA.: Les petites affiches
LP : Légipresse
LGDJ : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence

-N-

n°: numéro

-O-

Obs.: Observations
op. cit. : *opere citato* (dans l'ouvrage cité)

-P-

p. : page
préc. : précité
PUF : Presses universitaires de France

-R-

Rapp. : rapport

RDC. : Revue de droit des contrats
RDI : Revue de droit international
RD banc. et fin. : Revue de droit bancaire et financier
RD Im. : Revue de droit immobilier
RDP : Revue de droit public
Rec. : Recueil RJDA : Revue de jurisprudence de droit des affaires
Req. : Requête
RTD. civ. : Revue trimestrielle de droit civil
RTD. com. : Revue trimestrielle de droit commercial
RTD. europ. : Revue trimestrielle de droit Européen

-S-

s.: et suivant(e)s
S. : recueil Sirey
Spéc. : Spécialement
Supra : au-dessus de

-T-

t.: tome
T. com. Tribunal de commerce
TGI : Tribunal de grande instance
TI : Tribunal d'instance

-Vv.

: Voir

Sommaire

Partie 1: La maîtrise du risque lors de la phase précontractuelle

Titre I: Le régime de la responsabilité précontractuelle applicable à la procédure de data-room

Chapitre 1: Le droit commun de la responsabilité précontractuelle

Chapitre 2: La contractualisation des pourparlers

Titre II: La valorisation de l'immeuble

Chapitre 1: La data-room, clef de voûte de la procédure

Chapitre 2: Méthodologie d'audit de la data-room

Partie 2: La maîtrise du risque lors de la phase contractuelle

Titre I : Les promesses de vente

Chapitre 1: La promesse unilatérale de vente

Chapitre 2: La promesse synallagmatique de vente

Titre II : L'acte de vente

Chapitre 1: Le risque tenant à la nullité de la vente : les vices du consentement

Chapitre 2: La négociation des garanties

INTRODUCTION

« Tout est plus simple qu'on ne peut l'imaginer et en même temps plus achevé qu'on ne saurait le concevoir »¹

1. La procédure de data-room, source d'insécurité juridique — *« Les data-room sont à la mode : il n'y a guère plus aujourd'hui de cession immobilière importante sans recours à cette procédure. Mais cette nouvelle tendance ne doit pas faire oublier aux praticiens de l'immobilier la vigilance juridique accrue dont ils doivent faire preuve, en utilisant cette nouvelle technique empruntée au monde anglo-saxon »²*. Le plébiscite de la procédure de data-room en tant que mode privilégié d'arbitrage³ des actifs immobiliers n'est plus à démontrer. En l'espace d'une vingtaine d'années, cette procédure s'est imposée auprès des professionnels de l'investissement comme un outil taillé « sur-mesure », leur permettant d'organiser efficacement la rotation de leur patrimoine.

La procédure de data-room reflète la mutation du secteur immobilier et traduit assez bien la logique de financiarisation dans lequel il s'est inscrit depuis le début des années 1990. Ainsi, cette procédure a-t-elle permis la transposition de méthodologies financières basées sur le revenu (jusqu'alors réservées aux seules classes d'actifs traditionnels que sont les actions et les obligations) aux immeubles qui seront considérés moins comme une construction physique que comme le support matériel de la collecte d'un revenu⁴. En conséquence et contrairement à une vente d'immeuble « classique », le prix d'achat ne sera pas fixé par le vendeur mais par les candidats à l'acquisition qui vont le déterminer grâce à ces méthodologies. De plus, cette procédure se caractérise par son extrême souplesse qui doit en principe permettre aux parties de prendre en compte la casuistique propre à chaque vente d'immeuble. Dans le silence du législateur, elle ne dispose d'aucun régime qui lui soit propre et relève tant des règles

¹ W. Von Goethe, *Sentences en prose*, 1870.

² T. DELESALLE, « Les dangers de la procédure de *data-room* », *AJDI* 2001, p. 586.

³ La notion d'arbitrage fera référence dans le cadre du présent travail à l'opération consistant à vendre un actif immobilier en vue d'en acquérir par la suite un autre présentant de meilleures perspectives d'évolution financière. D'un point de vue purement financier, l'arbitrage consiste à prendre la décision de vendre ou d'acquérir certains actifs (titres de propriété d'une entreprise, action, obligations, immeubles) dans le but d'améliorer la rentabilité et de diminuer les risques pour l'investisseur, en fonction du cours du marché. L'arbitrage peut aussi s'appliquer à une assurance vie et vise alors à répartir au mieux les différents supports d'épargne.

⁴ A. SIMON et R. MALLE, *Introduction à la finance et à l'économie immobilière*, Economica Gestion Poche, Paris, 2009.

juridiques afférentes à la vente d'immeuble, que du droit commun de la responsabilité civile et pénale. Ainsi est-il revenu à la pratique le soin tant d'en définir les contours que de l'adapter à l'environnement juridique français. En considération de cet état de fait, il nous appartient de proposer des pistes constructives pour tenter de l'apprivoiser.

Pourquoi chercher à l'apprivoiser ? Tout simplement parce que le flou qui entoure le régime de cette procédure ainsi que le foisonnement de normes qui devront nécessairement être appréhendées par les candidats-acquéreurs lors de la valorisation de l'immeuble⁵ sont intrinsèquement sources d'insécurité juridique. Or, à travers l'emploi de cette procédure les parties vont céder et acquérir des immeubles ou portefeuilles d'immeubles dont le montant considérable s'oppose à toute notion d'insécurité, que celle-ci procède de la détermination du régime de responsabilité dont relève chacune des phases de la procédure, ou de la multiplicité des normes juridiques dont l'appréciation est nécessaire à la valorisation de l'immeuble : droit de la construction, de l'urbanisme, des baux, de l'environnement, etc. Ainsi, la complexité de la procédure de data-room fait-elle bien écho à la problématique de la sécurité juridique dont il convient en premier lieu de rappeler le sens si nous voulons par la suite en assurer la protection.

2. De la sécurité juridique et de la prévisibilité — La notion de sécurité juridique est difficile à cerner. Nous pouvons cependant la résumer en deux grandes problématiques. La première, qui ne sera pas traitée ici, se rapporte à sa nature et renvoie à la question de savoir si le principe initial a été ou non consacré comme un principe général du droit⁶. La seconde porte sur son contenu qui peut être identifié à l'aide d'une définition de la sécurité juridique. Selon M. Khdir, elle représente « *une sorte de havre de sûreté, de stabilité et de permanence des situations juridiques. Plus généralement, on peut tenter de définir la sécurité juridique comme une garantie ou une protection tendant à exclure du champ*

⁵ La valorisation de l'immeuble est l'opération consistant à déterminer sa valeur à un instant donné sur le marché qui lui est afférent. Lors du présent travail cette opération présupposera toujours de la mise en œuvre de méthodologies basées sur son revenu : capitalisation et actualisation des flux futurs.

⁶ Voir notamment : A. CRISTAU, « L'exigence de sécurité juridique », *D.* 2002, p. 2814 ; P. CASSIA, « La sécurité juridique, un nouveau principe général du droit aux multiples facettes », *D.* 2006, p. 1190 ; A. MET-
DOMESTICI, « La sécurité juridique : consécration d'une nouvelle exigence ancienne. Précisions sur les enjeux de la reconnaissance par le Conseil d'Etat du principe de sécurité juridique », *RRJ* 2007, IV, p. 1873.

juridique, le risque d'incertitude ou de changement brutal dans l'application »⁷. Ainsi, la sécurité juridique traduit-elle une double exigence : d'abord une exigence sociale, dès lors qu'elle constitue « un outil d'organisation sociale : il n'est point de société stable sans appareil normatif fixant à chacun de manière sûre, les règles auxquelles il est soumis »⁸. Ensuite, une exigence économique. En effet, « L'impératif de sécurité juridique (...) intéresse au plus haut point la vie de l'entreprise (...). Le flou qui, parfois entoure ces paramètres juridiques (modalité d'exercice du pouvoir, protection des salariés), rendant difficile la compréhension de la règle posée, démultiplie le risque d'erreur, facteur d'annulations d'accords, d'engagement de responsabilité »⁹.

La prévisibilité de la règle de droit ne peut être satisfaite que dans la mesure où les justiciables sont en mesure de prévoir les solutions susceptibles d'être admises. « *L'individu, pourvu de cette faculté de déduire un évènement futur à partir de l'analyse d'un évènement présent, dispose d'un atout considérable : celui d'orienter son comportement en fonction des effets attendus avec la ferme conviction qu'ils surviendront (...). Lorsqu'elle se trouve garantie dans l'ordre juridique, la prévisibilité conforte la nature du droit puisque ce dernier se veut le triomphe de la stabilité sur le mouvement »¹⁰.*

Ainsi, l'impérieux besoin de sécurité juridique nécessaire au bon déroulement de la procédure de data-room ne peut-il être satisfait que par la prévisibilité des règles de droit qui lui sont applicables et ce lors de chacune de ses phases dont il nous faut dès à présent prendre connaissance.

3. L'organisation juridique de la procédure de data-room — La procédure de data-room est un mode spécifique de vente fondé sur une mise en concurrence, par le vendeur, de différents acquéreurs potentiels qui devront à l'issue d'un audit de chacune des composantes de l'immeuble lui proposer un prix d'acquisition. Parmi les éléments ayant contribué à son succès pratique figure la position privilégiée du vendeur qui dispose d'une très grande maîtrise de la négociation. En effet, à l'initiative de la procédure, il élaborera dans un

⁷ M. KHDIR, « vers le fin de la fin de la sécurité juridique en droit français ? », *LPA*, 16 août 1993, p. 9.

⁸ B. TEYSSIE, « L'impératif de sécurité juridique » in *Le monde du droit*, écrits rédigés en l'honneur de F. FOYER, Economica, 2008, p. 985.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ P. MUZNY, « La prévisibilité normative : une solution absolument relative », *RRJ* 2006, I, p. 31.

premier temps un document préliminaire¹¹, ne mettant à sa charge aucune obligation, qu'il communiquera à un nombre restreint d'acquéreurs potentiels. Il aura pour objet de porter à leur connaissance un ensemble d'informations afférentes à l'immeuble. En revanche, les candidats-acquéreurs devront assumer un ensemble d'obligations tenant notamment à la confidentialité et à l'exploitation de l'information transmise¹². A l'expiration d'un délai choisi par le seul vendeur, ceux-ci devront lui remettre une offre indicative d'achat. Sur la base de cette dernière, il choisira alors discrétionnairement les candidats admis à poursuivre la procédure : ils pourront dès lors accéder à la *data-room*.

Originellement ce terme désignait la pièce close et souvent surveillée dans laquelle étaient exposées toutes les informations relatives à l'immeuble. Puis, suite à un mouvement de dématérialisation de l'information initié dans le courant des années 2000, ces salles ont été remplacées progressivement par des sites internet sécurisés¹³. Durant un certain délai fixé unilatéralement par le vendeur, chacun des candidats pourra prendre connaissance de l'information mise à sa disposition. Cette phase d'audit¹⁴ fera intervenir de nombreux prestataires extérieurs qui conseilleront le candidat-acquéreur et lui permettront d'affiner le prix d'acquisition qu'il proposera au vendeur à la clôture de la *data-room* par le biais d'une offre ferme. Le destinataire de l'offre disposera alors d'un choix discrétionnaire quant à la sélection de son futur cocontractant. Une fois celui-ci choisi, la négociation sera formalisée par le biais d'un avant-contrat qui sera presque toujours une promesse de vente contenant des conditions suspensives qui, une fois levées, permettront la réitération de la vente en sa forme authentique.

La procédure de *data-room* se décompose donc en une phase précontractuelle qui débute par l'envoi du mémorandum informatif et s'achève lorsque le vendeur accepte une des offres fermes qui lui a été communiquée, et une phase contractuelle qui correspond à la période comprise entre cette acceptation et la signature de l'acte de vente.

¹¹ Ce document préliminaire, souvent appelé *mémorandum informatif* contient un ensemble d'informations inhérentes à l'immeuble comme le sa situation géographique, une analyse succincte de sa zone de chalandise, le montant des loyers perçus par le propriétaire ...

¹² La prise de connaissance du dossier d'information présuppose toujours que l'acquéreur potentiel ait signé une lettre de confidentialité.

¹³ Aussi appelés « *Share-point* ».

¹⁴ La pratique emploie plus volontiers le terme de « due diligences » pour désigner la phase d'audit.

Cette organisation, pour être comprise, présuppose toutefois de remonter à la genèse de la procédure de data-room afin de comprendre le contexte de financiarisation de l'immobilier dont elle relève.

4. La genèse de la procédure de data-room : le contexte de financiarisation de l'immobilier — La rencontre du monde de la finance et de celui de l'immobilier était inévitable, elle s'est véritablement produite en France dans le courant des années 1990¹⁵. Le marché immobilier français était alors en pleine tourmente, il traversait une crise sans précédent faisant suite à une période particulièrement faste durant laquelle bon nombre d'investisseurs institutionnels avaient massivement placé leurs fonds dans les immeubles d'entreprise du croissant ouest parisien, en considération de leurs taux de rendement très attractifs. « *Les arbres ne montent pas jusqu'au ciel* »¹⁶, l'inévitable finit par se produire et le marché de l'immobilier d'entreprise (dont la valeur financière était complètement déconnectée de toute réalité économique) finit par chuter fortement et très rapidement. Des sociétés de *defeasance* furent alors créées afin de permettre le regroupement de différents types de créances immobilières et de les structurer sous la forme de produit d'investissement, dès lors que ces acquisitions avaient été réalisées via un recours massif à l'emprunt. Ces opérations de

¹⁵ D. ACHOUR et B. COLOOS, *L'investissement immobilier. Analyse de rentabilité, financement, évaluation*, Le Moniteur, coll. Cep moniteur, Paris, 1993 ; M. ALBOUY, *Finance immobilière et gestion de patrimoine*, Economica, coll. Finance, Paris 2009 ; J-O. GOUDRON, *Banque et promotion immobilière, la gestion du risque de crédit. Analyse et mise en pratique des dispositifs bancaires dans une opération de promotion*, Edition Universitaire Européenne, Paris, 2011 ; L. CHARPENTIER, *Financement et investissement immobilier*, Economica, coll. Finance, Paris, 2012 ; A. LEDOIT et F. LEDOIT, *Cours d'économie immobilière*, Economica, coll. L'Immobilier en perspective, Paris, 2012 ; A. ROMANET-PERROUX et P. THOMAS, *Real Estate, finance de l'immobilier*, La revue de la banque, coll. Les essentiels de la banque et de la finance, Paris, 2012 ; A. THAUVRON, *Gestion de patrimoine, stratégies juridiques, fiscales et financières*, Dunod, coll. Management supérieur, Paris 2013 ; P. FERNOUX, *Gestion fiscale du patrimoine*, Groupe revue fiduciaire, 18^{ème} éd. Paris, 2013.

¹⁶ Expression d'origine américaine selon laquelle les cours de bourse ne peuvent monter indéfiniment, et qu'il est peut être sage de prendre ses bénéfices plutôt que d'escompter qu'un titre progresse indéfiniment. En pratique, il est préférable de conserver un titre placé dans une tendance haussière même si la cession d'une partie de la ligne peut être intéressante pour se garantir une part de la plus-value.

titrisation¹⁷ ont permis de contourner le caractère peu liquide des immeubles et d'organiser une cession en un trait de temps de ces portefeuilles de créances dont le corollaire a été une recapitalisation rapides des grands institutionnels français trop exposés sur ce secteur. La très grande majorité des investisseurs intéressés par l'acquisition de ces produits étant des sociétés anglo-saxonnes, ils ne manquèrent pas d'importer sur notre sol leur propre procédure d'acquisition dite « procédure de data-room ». Cette expression « latino-anglo-saxonne » est explicite ; M. Delesalle la définit comme la procédure dans laquelle « *pendant un nombre de jours déterminés, chaque acquéreur potentiel de l'immeuble retenu pourra consulter dans une salle mise à sa disposition toutes les pièces que le vendeur aura jugé utile de porter à sa connaissance, jusqu'à une date où l'offre d'acquérir devra être remise* »¹⁸.

De façon liminaire, il convient à présent de présenter succinctement les différents acteurs de la procédure de data-room.

5. Les acteurs de la procédure de data-room — La procédure de data-room est réservée à un petit nombre de personnes rompues à ce type de pratique et capables d'en maîtriser les enjeux mais aussi d'en assumer les coûts. Aujourd'hui, nous pouvons distinguer les acteurs du marché immobilier selon trois catégories. La première est composée des acteurs classiques que sont les investisseurs institutionnels. Ceux-ci peuvent être définis comme « *des organismes financiers qui, en raison de leur nature ou de leur statut, sont tenus de placer une grande partie des ressources qu'ils collectent en instruments financiers* »¹⁹. Selon F. Manin « *les investisseurs institutionnels sont des structures déterminées à placer l'argent d'autrui (aux fins de valorisation de ce dernier)* »²⁰. Ils ont donc une particularité : celle de ne pas agir à titre personnel. Ils n'existent qu'en considération de la relation qu'ils entretiennent avec l'épargnant et se définissent au regard de cette relation bilatérale. Le législateur français ne vise cette catégorie que par l'énumération des organismes qui la composent : les compagnies d'assurance, les banques, les organismes de placement collectif des valeurs mobilières (OPCVM) etc. Une grande diversité caractérise donc cette catégorie d'investisseurs et ce tant

¹⁷ La titrisation est une technique financière qui consiste classiquement à transférer à des investisseurs des actifs financiers tels que des créances en les transformant en titres financiers émis sur le marché des capitaux par le passage à travers une société *ad hoc*.

¹⁸ T. DELESALLE, op. cit., p. n.

¹⁹ Dictionnaire d'économie et des faits économiques et sociaux contemporains, *éditions Foucher*, Paris 1999.

²⁰ F. MANIN, *Les investisseurs institutionnels*, Thèse Paris I, 1997.

au regard de leur statut juridique que de leur stratégie. Selon les classifications habituelles, les investisseurs institutionnels regroupent trois principaux types d'institutions : les organismes de placement collectif, les compagnies d'assurance et les fonds de pension²¹. A l'échelle internationale, les fonds de pension américains ont occupé le devant de la scène ces dix dernières années, par l'importance de leurs placements financiers dans l'économie mondiale et leur activisme en tant qu'actionnaires.

La seconde vise les foncières. Une foncière fait le plus souvent référence à une entreprise dont l'objet social est la détention d'un patrimoine immobilier avec pour objectif de louer celui-ci et/ou de le valoriser au mieux au regard de ses intérêts. Une foncière peut ainsi détenir des terrains, des immeubles ou locaux à usages commerciaux, industriels, d'exploitation ou d'habitation.

La dernière catégorie vise les fonds d'investissement. Ce terme financier est utilisé pour désigner une société financière dont l'objectif consiste à investir dans des sociétés sélectionnées pour leurs opportunités d'évolution. Les fonds d'investissement ou *private equity* se divisent en plusieurs catégories en fonction de leurs activités. On trouvera par exemple des fonds de *capital-risque*, des fonds de *capital-développement* ou des fonds *LBO* (leveraged buy-out). Toutes ces spécificités correspondent à des stratégies d'investissement différentes basées sur la période de maturité des actifs dont l'acquisition est envisagée. Les fonds d'investissement se positionnent également dans l'acquisition d'immeubles, cependant, la recherche de plus-value rapide les amène souvent à mettre en œuvre des stratégies plus risquées et basées sur une détention plus courte des actifs immobiliers que les deux précédents acteurs.

6. La notion de professionnel de l'immobilier — Les acteurs de la procédure de data-room auront toujours la qualité de professionnels de l'immobilier. Cette qualification semble naturelle pour certains acteurs tels les foncières immobilières, elle l'est beaucoup moins pour un établissement bancaire ou une compagnie d'assurance. En droit français, il n'existe pas de définition légale ou jurisprudentielle du professionnel de l'immobilier. Il s'agit donc d'une question de fait soumise à l'appréciation des juges du fond sous le contrôle de la Cour de cassation. En premier lieu, si le vendeur est une société, la seule forme juridique de

²¹ E. JEFFERS et D.PLIHON, *Importance et diversité des investisseurs institutionnels*, Documentation Française, Paris 2002.

celle-ci est insuffisante pour qualifier le vendeur de professionnel de l'immobilier²². En second lieu, l'objet social de la société prévoyant la réalisation d'opérations immobilières constitue une condition nécessaire mais pas nécessairement suffisante pour déterminer la qualité de professionnel de l'immobilier. En revanche, le seul caractère accessoire de la réalisation d'une opération immobilière par rapport à l'objet principal de la société n'est pas un critère d'exclusion de la qualification de professionnel de l'immobilier, comme a pu le préciser la Cour de cassation²³. En dernier lieu, c'est en fonction de l'activité réelle de la société que les juges du fond vont déterminer la qualité de professionnel de l'immobilier. A ce titre, il leur appartient de rechercher cette qualité tant au regard de l'importance du projet, de l'objet de la société que du caractère habituel de la réalisation d'opérations immobilières²⁴.

Pour éviter les aléas tenant à la reconnaissance de leur qualité de professionnels de l'immobilier, soumise à l'appréciation des tribunaux, les parties se qualifieront comme tels aussi bien dans la promesse de vente que dans l'acte de vente. Il n'est pas rare de retrouver dans ces conventions une clause stipulant que le vendeur a fait de la qualité de professionnel de l'immobilier de son cocontractant un élément essentiel de son consentement, et ce quand bien même l'activité principale de l'acquéreur ne peut être considérée comme une activité immobilière. Ce choix s'explique par les conséquences qu'entraîne une telle qualification au regard de la vente d'immeuble : tout d'abord en considération de l'obligation d'information du vendeur lors des pourparlers, laquelle sera beaucoup plus lâche en considération de la qualité de professionnel de son partenaire ; ensuite au regard de la possibilité de stipuler une clause évasive de la garantie des vices cachés fondée sur les articles 1641 et suivants du Code civil.

Après avoir présenté les différents acteurs de la procédure de data-room, il nous faut en définir l'objet : l'immeuble.

²² Voir en ce sens : CA Montpellier, 1^{ère} ch., sect. A, 13 septembre 2011, *Juris-Data* n° 2011-027969. « *La seule constitution d'une SCI ne saurait caractériser une activité de promotion immobilière* ». Voir également : CA Lyon, 6^{ème} civ., 20 septembre 2007, *Juris-Data* n° 2007-393436. Refus de la qualité de professionnel de la vente à une SCI en se référant notamment de manière complémentaire à la profession des associés de la SCI qui se situait en dehors du domaine des activités immobilières.

²³ Voir en ce sens : Cass. 3^{ème} civ., 28 mars 2012, Sté Prosol Gestion / Sté Alphonse de Poitiers, *Juris-Data* n° 2012-005674. Dans cet arrêt la Cour adopte une conception extensive du « professionnel de l'immobilier » en qualifiant comme tel une société exerçant une activité immobilière accessoire par rapport à l'activité du groupe auquel elle appartient.

²⁴ *Ibidem*

7. L'objet de la procédure de data-room : l'immeuble — De façon liminaire, il convient de rappeler que l'objet de la procédure de data-room peut être différent selon que la vente porte sur la cession d'un immeuble ou sur la cession de la société constituée dans l'unique but de le porter. Dans la première de ces deux hypothèses, la procédure d'arbitrage sera dite en « *asset-deal* » alors que la seconde elle sera dite en « *share-deal* ». Selon que nous envisageons l'une ou l'autre de ces deux hypothèses, l'organisation de la data-room sera très différente et ne portera pas sur le même niveau d'information. Lors de la présente étude, nous n'envisagerons que la première de ces deux possibilités, à savoir la procédure de data-room ayant pour objet un immeuble.

Cette précision apportée, il nous faut nous aborder la notion d'immeuble telle que comprise dans le cadre de la procédure de data-room et fournir ce faisant quelques précisions terminologiques. La procédure de data-room trouve son origine dans le contexte de financiarisation de l'immobilier. L'immeuble, considéré comme un « actif immobilier » devra être apprécié à travers le prisme de la finance. Dans le même sens, il devra être analysé au regard du droit français qui en a sa propre définition. Il nous appartient donc de réaliser cette analyse croisée des dimensions financière et juridique de l'immeuble.

8. L'approche économique de l'immeuble : les différentes catégories d'actifs immobilier — Il existe traditionnellement trois catégories d'actifs immobiliers : l'immobilier d'habitation, l'immobilier d'exploitation et l'immobilier commercial. Alors que les deux premières catégories sont dites « traditionnelles » car existant de longue date, l'investissement dans le secteur de l'immobilier commercial est beaucoup plus récent et constituera la catégorie des actifs immobiliers dite « émergente ».

L'immobilier d'habitation est de loin la classe d'actifs la plus ancienne et la plus rependue. Classiquement, il s'agit pour un investisseur d'acquérir un immeuble et de le louer afin de percevoir un loyer constituant la contrepartie financière de la mise à disposition de son bien. Les immeubles d'exploitation sont la seconde catégorie d'immeubles de la classe d'actifs traditionnelle. Il s'agit pour les investisseurs de placer des capitaux dans des bâtiments à usage de bureau voire d'entrepôt logistique, afin de les louer à des entreprises qui y implanteront leurs activités.

Les immeubles commerciaux composent la catégorie des actifs immobiliers dite « émergente » qui est de loin la plus hétérogène. Ainsi, seront considérés comme tels tant les

commerces de pied d'immeuble, que les parcs d'activités commerciales ou encore les centres commerciaux et parcs à thème.

9. Champ de l'étude : les actifs immobiliers commerciaux — Dans le cadre de la présente étude, nous avons volontairement choisi d'analyser la procédure de data-room portant sur la vente d'immeubles de commerce. Plusieurs raisons motivent ce choix. D'une part, pour être exploités et donc permettre la perception d'un revenu, les actifs immobiliers commerciaux présentent un ensemble de contraintes supplémentaires par rapport aux autres classes d'actifs, résultant de réglementations et d'autorisations spécifiques comme notamment l'autorisation d'exploitation. Ils sont donc le meilleur exemple permettant d'illustrer le foisonnement de normes juridiques que le candidat-acquéreur devra analyser afin de déterminer la valeur de l'immeuble. De plus, la technicité particulière de cette classe d'actif et les incidences qui en résultent lors de la constitution de la data-room nous permettra d'élaborer un modèle de celle-ci qui soit le plus exhaustif possible ainsi que de déterminer un processus d'audit complet. Enfin, cette classe d'actifs incarne à notre sens la quintessence de la financiarisation de l'immobilier, notamment en ce qu'elle permet de conditionner le loyer des preneurs à la réalisation d'un certain montant de chiffre d'affaire, faisant ainsi dépendre le revenu global de l'immeuble à la performance économique des différents preneurs qui y exercent leurs activités commerciales.

Nous limiterons toutefois le champ de notre étude aux seuls actifs immobiliers commerciaux que sont d'une part les centres commerciaux²⁵ et d'autre part les parcs d'activité commerciale²⁶. Hormis le cas où ils seraient regroupés au sein d'un portefeuille spécifique, les commerces en pied d'immeuble ne font généralement pas l'objet d'une procédure de data-room.

10. Une brève histoire des actifs immobiliers commerciaux — À la genèse des centres commerciaux et parcs d'activités commerciales modernes se trouvent les bazars des guildes de marchands désireux d'offrir un environnement adéquat aux acheteurs potentiels eu égard à la rigueur du climat. Les exemples les plus connus sont le grand bazar d'Istanbul et celui d'Ispahan datant respectivement des XVI^{ème} XVII^{ème} siècles. En France, le XIX^{ème} siècle

²⁵ Souvent désigné par l'anglicisme « *Shopping Center* ».

²⁶ Souvent désigné par l'anglicisme « *Retail Park* ».

apporta une élévation du niveau de vie, favorisant l'émergence d'un nouveau concept : la galerie marchande²⁷. Le passage du Caire, premier passage couvert parisien, fut inauguré en 1798. Par la suite, les autres villes européennes suivront ce mouvement et créeront à leur tour des passages similaires²⁸. Au XX^{ème} siècle, les modes de vie et de consommation évoluèrent à nouveau. L'apparition de l'automobile constitua la nouvelle réponse mercantile adaptée aux besoins des consommateurs et permit de bénéficier de zones de chalandise élargies²⁹. Les nouveaux facteurs-clés du succès passèrent alors nécessairement par la commodité du stationnement et la facilité d'accès depuis la banlieue où les consommateurs résidaient de plus en plus souvent. L'innovation commerciale passa alors de l'Europe aux Etats-Unis d'Amérique³⁰. Conçus pour répondre aux besoins des consommateurs se déplaçant en voiture, les premiers centres commerciaux « modernes » furent le *Lake View Store* établi dans la banlieue de Duluth en 1915, le *Market Square* de Lake Forest construit dans l'Illinois en 1916 et *Country Club Plaza* de Kansas City implanté dans le Missouri en 1924. Ce n'est cependant qu'en 1950 qu'apparaîtra véritablement le concept américain de *mall*, inventé par l'architecte Victor Gruen. En effet, nous lui devons la réalisation du premier centre commercial clos doté de toutes les facilités modernes : le *Southdale Center*, ouvert en 1956 à Edina, banlieue de conurbation des villes jumelles de Minneapolis et Saint-Paul. En Europe, les premiers centres commerciaux bâtis sur ce modèle firent leur apparition à la fin des années 1950. Au-delà de la controverse entre historiens de la grande distribution pour savoir qui de *La Grande Epicerie Bardou de Paris* (ouverte le 17 mai 1957) ou de *l'Express marché Goulet-Turpin de Rueil* (ouvert le 15 octobre 1958) mérite le titre de première « grande surface à prédominance alimentaire » française, les auteurs sont unanimes pour reconnaître que le véritable premier

²⁷ Voir notamment : F. CARLUER-LOSSOUARN, *L'aventure des premiers supermarchés*, Linéaires-Editions du Boisbaudry, Cesson-sévigné, 2007 ; E. COLLA, *La grande distribution en Europe*, Vuibert, Paris 1997.

²⁸ A Londres, la Burlington Arcade date de 1819, les Galeries Royales de Saint-Hubert à Bruxelles ouvrirent en 1847, la Galerie Vittorio Emanuele II fut construite à Milan entre 1867 et 1878. La Cleveland Arcade aux Etats-Unis d'Amérique ouvrit ses portes en 1890. Elle offrait sur 300 mètres de long et cinq niveaux une architecture de verre et de fonte. Enfin, le Goum de Moscou fut au moment de son achèvement en 1893 la plus grande Galerie de ce genre.

²⁹ Voir notamment : J-M. VILLERMET, *La naissance de l'hypermarché*, Armand Colin, Paris 1991 ; E. THIL, *Les inventeurs du commerce moderne*, Arthaud, Paris 1966 ; M. RIVES, *Traité d'économie commerciale*, PUF, Paris 1958.

³⁰ Voir notamment : P. MESSERLIN, *La révolution commerciale*, Bonnel, Paris, 1982. S. HOLLANDER, *The wheel of retailing*, *Journal of marketing*, 1960, p. 37-42.

centre commercial conçu sur le principe du *mall* est *Parly II*³¹, implanté sur la commune du Chesnay, qui ouvrit ses portes en 1969. Sur le même modèle, se développèrent ensuite d'autres réalisations telles que *Cap 3000* proche de Nice et *Rosny II* situé sur la commune de Rosny-sous-Bois dans le département de la Seine-Saint-Denis³². Par la suite, délaissant la banlieue des grandes agglomérations, les centres commerciaux se sont souvent implantés dans le cœur des villes à l'occasion d'opérations de réaménagement urbain, à l'instar du *Forum des Halles* à Paris ou de *Fleur d'eau* qui remplaça le *Marché des Halles* en 2005 à Angers. Dans le même temps, les hypermarchés ont adopté un modèle de développement visant à articuler une galerie commerciale autour de leurs grandes surfaces, afin de compléter l'offre proposée par celle-ci. Le premier centre commercial à ouvrir sur ce modèle en France est l'Hypermarché Auchan d'Englos situé dans la périphérie de Lille. En dernier lieu, émergèrent à la périphérie de nombreuses communes de vastes parcs d'activités commerciales constitués de magasins souvent spécialisés en ameublement de la maison ou en bricolage. Souvent construites sans aucune cohésion, ces différentes zones font aujourd'hui l'objet d'un travail de fond de la part des opérateurs de l'immobilier commercial qui tendent à redonner une harmonie à ces ensembles souvent hétéroclites car construits au fil du temps sans aucune ligne directrice.

11. La classification des actifs immobiliers commerciaux — Les centres commerciaux et parcs d'activités commerciales peuvent être définis comme étant un bâtiment ou un ensemble de bâtiments regroupant un certain nombre de boutiques et commerces desservis par des allées piétonnes, permettant facilement au client de passer d'un magasin à l'autre. Ils visent à regrouper soit sous le même toit (dans le cadre d'un centre commercial), soit au sein de la même zone (dans le cadre d'un parc d'activité commerciale) cet ensemble de boutiques. Leur conception vise à rendre agréable et à favoriser l'acte d'achat par divers équipements : climatiseurs, escalators, parcs de stationnement, allée couverte etc.

Selon le Conseil National des Centres Commerciaux (CNCC), un centre commercial se définit comme « *un ensemble d'au moins 20 magasins et services totalisant une surface*

³¹ Voir en ce sens : J. VIGNY, *La distribution*, Sirey, Paris 1990 ; M-L. HELLIES-HASSID, « Au bonheur des dames » ou la leçon de commerce moderne de M. ZOLA », *Décisions Marketing*, 2000, n° 20, p. 35-46 ; F. CARLUER-LOSSOUARN et O. DAUVERS, *La saga du commerce français*, Edition DAUVERS, Rennes, 2004.

³² On peut également citer Vélizy II situé à Vélizy-Villacoublay dans les Yvelines.

commerciale utile (dite surface GLA) minimale d'au moins 5.000 mètres carrés, conçu réalisé et géré comme une entité »³³. Le CNCC classe les différents centres commerciaux en cinq grandes catégories :

- *«Les Centres Commerciaux Super Régionaux : Leur surface GLA est supérieure à 80.000 m² et/ou ils totalisent au moins 150 magasins et services.*
- *Les Centres Commerciaux Régionaux : Leur surface GLA est supérieure à 40.000 m² et/ou ils totalisent au moins 80 magasins et services. Leur surface GLA est supérieure à 20.000 m² et/ou ils totalisent au moins 40 magasins et services.*
- *Les Petits Centres Commerciaux : Leur surface GLA est supérieure à 5.000 m² et/ou ils totalisent au moins 20 magasins et services.*
- *Les Centres à Thèmes : Ce sont des centres commerciaux spécialisés par exemple dans l'équipement de la maison ou les boutiques de fabricants.*

Toujours selon le CNCC, un parc d'activités commerciales se définit comme « *un ensemble commercial à ciel ouvert, réalisé et géré comme une unité. Il comprend au moins 5 unités locatives et sa surface est supérieure à 3 000 m² SHON (surface construite) »*. Les parcs d'activités commerciales sont classés en deux catégories:

- *« Les Grands Parcs d'Activités Commerciales : Leur surface SHON est supérieure à 10.000 m².*
- *Les Petits Parcs d'Activités Commerciales : Leur surface SHON est comprise entre 3.000 m² et 10.000 m² ».*

12. Quelques données économiques sur le marché des actifs immobiliers commerciaux — La dégradation de la conjoncture économique amorcée en 2008 a produit des effets de plus en plus visibles sur les performances financières des actifs immobiliers commerciaux : remontée des taux de vacance, renouvellement des baux plus complexe, conditions de location dégradées etc. Néanmoins, force est de constater que depuis trois ans le volume d'investissement dans cette classe d'actifs est stable et se situe autour de 110 milliards d'euros, soit environ un tiers des investissements immobiliers européens. Le durcissement du contexte économique a radicalisé l'allocation géographique des investisseurs qui se recentrent sur le Royaume-Uni³⁴ et l'Allemagne³⁵. Vient ensuite la France qui fait jeu égal avec la

³³ Voir : Site internet du Conseil National des Centres Commerciaux.

³⁴ 14 milliards d'euros investis par an entre 2003 et 2012.

Scandinavie avec 5 milliards d'euros investis en 2012. Cette tendance se confirme avec déjà 1.3 milliard d'euros de transactions au premier trimestre de l'année 2013. A l'inverse, les volumes d'investissements se sont fortement contractés en Europe centrale où les actifs commerciaux qui avaient culminés à près de 3 milliards d'euros ont connu un net ralentissement, à savoir à peine plus de 800 millions d'euros investis en 2012 et seulement 100 millions au premier trimestre de l'année 2013.

Les centres commerciaux demeurent le produit le plus recherché par les investisseurs en commerce. Ils auront concentré près de 3 milliards d'euros d'investissement sur le marché européens au premier trimestre 2013, loin devant les commerces de pied d'immeuble qui ne totalisent que 1,5 milliard d'euros. Les acquisitions de supermarchés ont connu une lente érosion avec à peine 300 millions d'euros investis sur la même période. Les parcs d'activité commerciale semblent quant à eux mieux résister en continuant à attirer des investisseurs.

Ainsi, la notion d'actif immobilier commercial renvoie-t-elle à une approche purement financière de l'immeuble qui sera l'objet de la procédure de data-room. En tant que procédure juridique permettant la mutation de l'immeuble, celle-ci doit cependant compléter cette approche et inscrire la définition de l'immeuble commercial dans un vocable juridique.

13. L'approche juridique de l'immeuble commercial — L'article 517 du Code civil dispose que « *les biens sont immeubles, ou par leur nature, ou par destination ou par l'objet auquel ils s'appliquent* ». La procédure de data-room ayant pour objet un immeuble par nature, nous passerons sous silence les immeuble par destination qui sont en fait une fiction juridique consistant à traiter certaines choses mobilières comme des immeubles en considération de leur affectation, soit à l'exploitation d'un fond, soit à perpétuelle demeure, et les immeuble par l'objet auxquels ils s'appliquent qui renvoient à un ensemble de biens incorporels et de droits.

Les articles 518 à 521 du Code civil énumèrent limitativement les biens inclusifs de la catégorie des immeubles par nature. Trois sortes de biens sont visées : l'article 518 dispose que « *les fonds de terre et les bâtiments sont des immeubles par leur nature* ». Les articles 520

³⁵ 5 milliards d'euros investis par an en moyenne entre 2003 et 2012. Néanmoins, le poids croissant de l'Allemagne en tant que cible privilégiée des investissements immobiliers commerciaux, directement liée à des perspectives économiques positives dans une Europe progressivement gagnée par la récession, a engendré une hausse considérable des investissements avec plus de 10 milliards d'euros en 2011 et 8 milliard en 2012.

et 521 y adjoignent les végétaux dès lors que ceux-ci adhèrent au sol. Tout ce qui est planté dans la terre fait partie intégrante de l'immeuble et il en va de même pour les récoltes pendantes par les racines ainsi que les fruits des arbres qui n'ont pas encore été recueillis. Le point de convergence entre ces trois sortes de biens immeubles par nature tient à fixité, à l'immobilité du bien considéré³⁶ ; ceux-ci ne peuvent en effet se mouvoir ni être déplacés dans des conditions normales³⁷. Cette vision très pastorale s'inscrit dans la conception que le législateur de 1804 pouvait avoir d'un immeuble et ne présente que peu d'intérêt pour le présent travail. En revanche, la cession portant soit sur un terrain dédié à une opération de construction, soit sur un immeuble à vocation commerciale déjà réalisé nous amènera à attacher une attention toute particulière au fond de terre puis aux bâtiments. Les fonds de terre sont les immeuble par nature dans leur plus simple expression, puisque derrière ce terme le législateur renvoie directement au sol qui doit être apprécié dans toutes ses composantes: sa superficie, son sous-sol et toutes les richesses qu'il peut contenir. L'article 518 du Code civil prévoit le rattachement des bâtiments à la catégorie des immeubles par nature. Le postulat est le suivant : toute construction adhérente au sol est constitutive d'un bâtiment. Bien que le Code civil ne définisse pas expressément cette notion, il convient d'y inclure tous les édifices. L'incorporation de la construction au sol postule de l'existence d'un lien durable entre ces deux éléments. Ainsi, des fondations ou un système d'attache sont-ils requis, excluant alors toute construction qui ne serait que posée sur l'emprise d'un terrain. Les exemples des caravanes³⁸ ou des chalets de vacances³⁹ illustrent cette conception, la Cour de cassation refusant de voir ici des immeubles en l'absence de système permettant un ancrage au sol, même temporaire.

³⁶ Voir en ce sens : J-L. BERGEL, M. BRUSHI, S. CIMAMONTI, *Les biens, Traité de droit civil*, 2^{ème} éd., LGDJ, Paris, 2010, p. 16 et s.

³⁷ Un industriel de nationalité chinoise rachetant un château situé dans le centre de la France pour le faire démonter et reconstruire pierre par pierre dans son pays d'origine ne fait pas perdre au bâtiment sa qualité d'immeuble par nature selon nous. Dès lors, nous ne pouvons considérer que le bien puisse être déplacé dans des conditions « normales » au regard de la logistique que nécessite cette opération.

³⁸ Voir en ce sens : Cass. crim., 3 octobre 2000, n° 00-80280, *inédit*. Pour le refus de qualification d'une caravane dépourvue d'attache avec le sol comme relevant de la catégorie des immeubles par nature.

³⁹ Voir en ce sens : Cass. 3^{ème} civ., 28 novembre 1984, *JCP. G* 1985, n° 1985, p. 47. Pour la qualification d'un chalet en immeuble par nature dès lors qu'il repose sur une dalle de béton coulée dans le sol avec laquelle il fait corps

14. La destination commerciale de l'immeuble — L'alinéa premier de l'article L.145-1 du Code de commerce dispose que le statut des baux commerciaux est applicable « *aux baux des immeubles ou locaux dans lesquels un fonds appartenant à un commerçant, un industriel ou un artisan immatriculé au registre du commerce et des sociétés est exploité ou à un chef d'entreprise exploitant inscrit au registre des métiers* ». Par opposition à la conception civiliste, la conception commerciale de l'immeuble a une approche beaucoup plus restrictive puisqu'elle est exclusive des terrains nus et réduit l'immeuble commercial à un bâtiment ou une fraction de celui-ci destiné à une activité commerciale. Ainsi, à la lecture de cet article nous faut-il définir les notions d'immeubles et locaux principaux qui constituent le domaine d'application par excellence du statut des baux commerciaux. Par ailleurs, nous dirons quelques mots sur l'application extensive de ce même statut qui résulte de l'effort de la jurisprudence.

15. Le champ d'application naturel du statut des baux commerciaux : l'immeuble et le local principal — Pour pouvoir bénéficier du statut des baux commerciaux, l'immeuble ou le local devront satisfaire à un ensemble de conditions cumulatives. Les premières ont trait aux caractéristiques intrinsèques de l'immeuble ou du local, les secondes sont afférentes à leurs caractères.

L'immeuble doit être au service d'une activité de vente. En ce sens, il doit être un espace clos et couvert, à savoir soit un bâtiment, soit un local c'est-à-dire une portion délimitée dans l'espace de celui-ci. La notion d'immeuble commercial en tant que bâtiment est assez aisée à se figurer, dès lors qu'il s'agit d'une construction en volume close de murs et disposant d'une toiture. Il est en revanche moins facile d'appréhender la notion de local, lequel peut faire l'objet de configurations différentes. Il a été défini pour la première fois par un arrêt de la Cour d'appel de Paris en date du 14 novembre 1956⁴⁰. Il s'agit d'un espace couvert, clos de murs et permettant l'exercice d'une activité de vente. Il doit obligatoirement être un volume au sens d'un espace en trois dimensions⁴¹. Cette analyse exclut donc *de facto* les terrains dès lors qu'ils sont une surface horizontale. La taille du local n'a que peu d'importance, il sera seulement exigé qu'il soit à taille humaine et permette l'exercice de la vente⁴².

⁴⁰ CA Paris, 14 novembre 1956, *Gaz. Pal.* 1956, II, p.400.

⁴¹ Voir en ce sens : Cass. civ., 21 janv. 1930, *Gaz. Pal.* 1930, I, p.375.

⁴² Voir en ce sens : CA Paris, 4 juin 1959, *RL.* 1959, p. 546.

L'immeuble commercial doit présenter des conditions de stabilité et de permanence. Ces qualificatifs résultent d'un arrêt de la Cour d'appel du 19 janvier 2005 qui pose le principe selon lequel « *l'emplacement pour pouvoir devenir immeuble dans les conditions de l'article L.145-1 du Code de commerce doit être le même et ce pendant toute la durée du bail* »⁴³. La législation des baux commerciaux n'aura ainsi pas vocation à s'appliquer pour un emplacement dont le locataire n'aura pas la jouissance durant toute la durée du contrat⁴⁴. La Cour de cassation a considéré qu'un locataire qui exerce une activité dans un emplacement situé à l'intérieur d'un magasin supermarché ne pouvait bénéficier de l'appellation de local, dès lors que le propriétaire pouvait fixer unilatéralement la situation et l'étendue de l'emplacement : en raison « *d'une telle indétermination, l'emplacement litigieux ne peut pas être compris dans la notion de local* »⁴⁵. La clause de mobilité stipulée dans un contrat permet donc d'éluder le statut des baux commerciaux. En ce sens, il est nécessaire qu'il existe une certaine fixité, une stabilité caractérisant une autonomie du preneur vis-à-vis du bailleur.

Pour que le statut des baux commerciaux puisse être appliqué, il faut que le local ait été donné à bail en vue d'un usage commercial. Le respect des règles d'affectation présuppose donc celui des règles administratives d'une part et d'un éventuel règlement de copropriété d'autre part. De plus, la destination commerciale des lieux loués est déterminée par le bail au regard du principe général posé par l'article 1728 du Code civil. La destination résulte de la commune intention des parties, ce qui aura pour conséquence principale le fait que le preneur ne pourra revendiquer l'application du statut des baux commerciaux pour le local loué que si celui-ci a été baillé en tant que local commercial.

16. L'application extensive de la notion d'immeuble commercial : les locaux accessoires et les terrains nus — L'application extensive du statut des baux commerciaux va viser successivement les locaux accessoires et les terrains nus sur lesquels des constructions auront été édifiées.

L'article L.145-1 du Code de commerce définit les locaux accessoires comme étant ceux dont la privatisation est de nature à compromettre l'exploitation du fonds. Il appartient alors

⁴³ Cass. 3^{ème} civ., 19 janvier 2005, *AJDI* 2005, p. 476.

⁴⁴ Le simple fait de stipuler dans le contrat que le preneur sera tenu d'exercer son activité dans plusieurs locaux en fonction des seuls desideratas du bailleur s'oppose à la qualification de ceux-ci en locaux commerciaux

⁴⁵ Cass. 3^{ème} civ., 24 février 1976., *Bull. civ.* 1976, III, n° 80.

aux juges du fond d'apprécier souverainement leur caractère nécessaire ou indispensable au maintien de l'activité commerciale. Pour ce faire, la Cour de cassation a dégagé le critère tenant à la disparition de la clientèle, mis en exergue par l'arrêt du 26 mai 1961⁴⁶. Il s'agit alors de rechercher si le local (dont la nature accessoire est mise en doute) viendrait compromettre l'exploitation du fond en cas de disparition⁴⁷. La notion de local accessoire ne recouvre que les locaux qui vont faire l'objet d'un bail distinct du bail principal. En effet, le local principal peut être affecté de dépendances telles les caves, remises et locaux dédiés aux archives. Cependant, en vertu du principe de l'indivisibilité du bail, celles-ci suivront le régime du local principal dès lors qu'elles seront mentionnées sur la même convention. Le statut des baux commerciaux est automatiquement étendu et vient conférer à ces locaux une protection. Ainsi, la première condition nécessaire à la soumission du local accessoire au statut des baux commerciaux tient-elle à l'existence d'un local principal. Cette obligation peut sembler évidente de prime abord, pourtant la question de l'existence du local principal est clairement posée pour certains types de profession⁴⁸.

L'article L.145-1 du code précité exclut les terrains nus du statut des baux commerciaux. La jurisprudence applique de façon constante ce principe et réfute toute qualification d'immeuble commercial pour les terrains n'ayant fait l'objet d'aucune construction. Néanmoins, ce même article apporte un tempérament et permet de considérer comme immeubles commerciaux les terrains nus sur lesquels ont été édifiées des constructions à usage commercial, industriel ou artisanal avant ou après la conclusion du bail. La notion de

⁴⁶ Voir en ce sens : Cass. Com., 26 mai 1961, *Bull. civ.* 1961, III, n° 204.

⁴⁷ Une simple baisse du chiffre d'affaires qui ne serait pas de nature, à elle seule, à mettre en péril l'exploitation du fonds en cas de disparition du local litigieux, n'est pas de nature à induire sa qualification immédiate en local accessoire. Il faut pour cela que sa seule perte soit de nature à compromettre directement l'exploitation du fonds⁴⁷. Voir en ce sens : Cass. com., 9 mai 1961, *D.* 1961, p. 457 et Cass. Com., 4. Décembre. 1961, *Bull. civ.* 1961, III, n° 451.

⁴⁸ Pour un marchand forain exerçant son activité exclusivement sur des marchés, les locaux de stockage de sa marchandise ne pouvaient pas être qualifiés de locaux accessoires et donc bénéficier du statut des baux commerciaux en l'absence de l'existence d'un local principal où viendrait se dérouler la vente. La Cour de cassation a cependant décidé qu'un tel local devait être soumis à la loi commerciale malgré l'absence de tout local principal. Voir en ce sens En ce sens : Cass. com., 9 février. 1960, *Bull. civ.* 1960, III, n° 54 ; *Gaz. Pal.* 1960, I, p. 296 : « *le local litigieux étant le seul dont dispose la preneuse (dans le cas d'espèce le marchand forain) pour l'exercice de son commerce, et y entreposant ses marchandises, ses étalages mobiles et en y conservant sa comptabilité, elle peut revendiquer pour ce local le bénéfice du statut des baux commerciaux* ».

construction en tant que telle n'est définie ni par le statut des baux commerciaux ni par le droit civil. Il est alors revenu à la jurisprudence d'en délimiter les contours. Deux conditions cumulatives ont été posées par la Cour de cassation⁴⁹ : il s'agit de la solidité et de la fixité⁵⁰ de la construction qui sont appréciées souverainement par les juges du fond.

Il est à noter toutefois que le caractère déplaçable d'un local à l'aide d'une grue ne vient pas exclure celui-ci du champ de l'article L. 145.1. Il ne faut en effet pas confondre les notions de fixité et d'immobilité. En l'occurrence, la fixité de la construction réside ici dans le raccordement du bâtiment aux réseaux d'eau, d'électricité et de téléphone⁵¹. Il convient en dernier lieu de préciser que les constructions traitées spécifiquement dans le cadre de l'article précité doivent obligatoirement être à destination commerciale. Elles se doivent de servir à l'exercice d'une activité commerciale, industrielle ou artisanale sans quoi l'application même du statut n'aurait aucune justification en matière de construction portant sur un terrain nu.

Nous avons pu identifier les acteurs de la procédure de data-room et en définir l'objet, il nous faut à présent tenter d'apprécier la nature. Force est de constater que le droit français connaît certaines procédures de vente pouvant avoir pour objet un immeuble. Partant, nous pourrions envisager que la procédure de data-room ne soit pas inconnue du droit français mais se rattache à l'une ou l'autre de ces procédures dont elle suivrait le régime. Partant, la maîtrise du risque procédant des règles de droit qui lui sont applicables serait résolue puisqu'il suffirait de se reporter au régime de la procédure à laquelle elle se rapporterait.

17. L'assimilation de la procédure de data-room à une procédure préexistante

— Nous pouvons relever de façon liminaire qu'en droit français aucune source ne traite nominativement de la procédure de data-room. Tout au plus trouve-t-on une recommandation

⁴⁹ Voir en ce sens : Cass. 3^{ème} civ., 8 février. 1989, *RL*. 1989, n°179.

⁵⁰ Elle est en la matière plus sévère pour apprécier le caractère de fixité du bâtiment érigé que lorsque le bail commercial porte directement sur un édifice. En retenant à titre d'exemple que ne saurait être constitutive d'une construction, une simple clôture, quand bien même celle-ci serait fixée au sol : Cass. 3^e civ. 9 novembre. 1982, *Carmagnole c/ Dame Goirand, inédit*. Il en va de même pour les installations de remontées mécaniques : Cass. 3^e civ. 16 mars 1988, *RL*. 1988, p. 393, ainsi que des pylônes destinés à recevoir une antenne radio : CA Rennes, 1^{ère} ch. A, 15 juin 1999, *RL*. 2000, n°115. Dans le même sens, les hangars ne peuvent être considérés comme des constructions dès lors qu'ils ont été érigés de façon sommaire, laissant apparaître de façon évidente le caractère sommaire du bâtiment : CA Paris, 21 juin 1957, *RL*. 1957, p. 335.

⁵¹ CA Nîmes, 6 mars 2003, *Gaz. Pal.* 2003, p. 3171.

de la Commission des Opérations Bancaires (COB) ayant vocation à encadrer la cession des entreprises cotées lorsqu'elle nécessite la mise en place d'une data-room⁵². Cette absence de contours juridiques ne manque pas de susciter l'embarras des juristes. Habités à s'appuyer sur des concepts précis, ils devront se rattacher à des notions voisines en la matière. Leur premier réflexe a été de rattacher la procédure de data-room à la vente aux enchères, puis de tenter de l'appréhender en comparaison des appels d'offres, et enfin de l'analyser à l'aune de la procédure d'*open-bid*. Aucune de ces solutions n'est cependant satisfaisante.

18. La procédure de data-room n'est pas assimilable à la vente aux enchères

— M. Boularan donne la définition suivante de la vente aux enchères: « *L'adjudication volontaire (ou amiable) est une vente aux enchères publique, au plus offrant, faite à l'initiative du vendeur. Elle se distingue de la vente ordinaire par les enchères et leur caractère public* »⁵³. Or, en nous reportant aux éléments caractéristiques de l'adjudication volontaire d'immeuble mis en exergue par cet auteur, force est de constater qu'il manque une troisième composante : l'obligation qui est faite au vendeur, par le biais du cahier des charges, de vendre l'immeuble au plus offrant et dernier enchérisseur qui sera alors certain de devenir l'acquéreur du bien immobilier mis en vente. Il n'existe rien de tel dans la procédure de data-room, laquelle peut être appréhendée comme un processus précontractuel de négociation ayant pour objet d'inciter des candidats à l'acquisition, préalablement présélectionnés par le vendeur, à consentir une offre d'achat que celui-ci se réserve le droit d'accepter. A ce stade nécessairement multipartite, la logique de la procédure est donc de mettre en concurrence différents acquéreurs potentiels et réserver le choix du cocontractant final au seul vendeur de façon purement discrétionnaire. Par ailleurs, le choix de la liste des candidats potentiels résulte de la seule volonté de ce même vendeur qui identifiera les acteurs les plus à même d'être

⁵² Voir en ce sens : Recommandation COB n° 2003-01 du 6 novembre 2003 relative à la transmission d'informations privilégiées préalablement à des opérations de cession de participations significatives dans des sociétés cotées sur un marché réglementé ; D. SCHMIDT, « Commentaire de la recommandation COB n° 2003 - 01 du 6 novembre 2003, relative aux procédures dites de *data-room* », *JCP. A*, avril 2004, n° 15, p. 560.

⁵³ A. BOULARAN, « Adjudication sur conversion de saisie. Formules », *JCP. N* mars 1989, n° 10 ; Voir également : P. HOONAKKER, « Réflexions sur l'adjudication au poursuivant à défaut d'enchère » in *Mélanges offertes au Doyen Philippe Simler* », Dalloz Litec 2006, p. 867 ; P.GAGOLI, L. FIN-LANGER et J. VALLANSAN, « Liquidation judiciaire : la reprise d'une saisie immobilière en cours s'opère selon les règles de l'adjudication judiciaire », *Act. proc. coll. juill.*, 2012, p. 1.

intéressés par une telle acquisition afin de présenter son actif immobilier sur le marché, et ce en considération de la nature de chaque actif : immeuble commercial, d'entreprise, d'exploitation, d'habitation. Par opposition à l'adjudication volontaire d'immeubles, la data-room n'est pas une procédure publique. Il s'agira plutôt d'une consultation d'investisseurs potentiels opérée dans un secret que le vendeur voudra total. De plus, à ce stade de l'opération d'arbitrage, celui-ci ne s'est pas contractuellement engagé à vendre mais seulement à négocier loyalement et dans le respect d'un niveau de confidentialité déterminé préalablement par ses partenaires et lui-même ; à la différence de la vente aux enchères dans laquelle il existe une offre de vente aboutissant obligatoirement à une vente dès l'instant où une enchère aura été proposée.

19. La procédure de data-room n'est pas assimilable à la procédure d'appel d'offre — Une fois la vente aux enchères écartée, il pourra être tentant d'assimiler la *data-room* à la procédure d'appel d'offre administratif. Cette dernière comprend d'une part les procédures dites « ouvertes » au cours desquelles il est fait appel à tous les professionnels d'un secteur considéré, et d'autre part les procédures « restreintes » dans lesquelles l'administration se réserve le droit de ne faire appel qu'à des professionnels qu'elle aura préalablement choisis. De prime abord, l'assimilation de la procédure de data-room aux appels d'offre restreints semble facile : l'administration n'est pas tenue de retenir son cocontractant final au regard du dernier prix ; elle intègre également dans l'équation d'autres données tenant notamment aux délais d'exécution, à la technicité etc. En dernier lieu, l'article 97 du Code des marchés publics dispose que « *l'administration se réserve la faculté de ne pas donner suite à un appel d'offre si elle n'a pas obtenu de propositions qui lui paraissent acceptables. Dans ce cas l'appel d'offres est déclaré infructueux (...) il est alors procédé soit à un nouvel appel d'offres soit par marché négocié* ». Par analogie avec la procédure de data-room, le vendeur d'immeuble a toujours la possibilité de ne pas contracter à la clôture de la data-room, dès lors qu'il estime que les offres d'acquisition sont insuffisantes. A défaut d'être une offre de vente de l'immeuble, il convient d'analyser son positionnement sur un marché par le vendeur comme une simple invitation à entrer en pourparlers, assortie d'une double obligation de loyauté et d'information. Néanmoins, le vendeur n'étant pas une personne morale de droit public, il convient d'arrêter ici notre comparaison et de nous interroger sur l'éventuelle assimilation de la procédure de data-room et de celle d'*open bid*.

20. La procédure de data-room n'est pas assimilable à la procédure d'*open bid*

— La procédure de data-room est directement inspirée de la procédure d'*open bid*. Cependant, celle-ci présente un certain nombre de spécificités qui ne sont pas forcément adaptées à la vente d'immeuble au regard de son objet : la cession d'une entreprise. La procédure d'*open bid* est définie par la doctrine comme « *une méthode de cession des entreprises se rapprochant de la vente aux enchères en se fondant principalement sur la mise en concurrence des acquéreurs potentiels* »⁵⁴. Son principal atout est la signature d'un contrat de confidentialité en amont des négociations par les candidats-acquéreurs, visant à éviter d'affaiblir la situation de l'entreprise sur son marché par la connaissance que pourraient avoir ses clients, ses partenaires ou ses concurrents du projet de cession. Pour une vente d'immeuble se pose la question de la nécessité de la confidentialité. Certes, faire une publicité trop tapageuse de la cession de l'immeuble peut nuire à l'image de l'actif immobilier⁵⁵. En revanche, il est difficile de justifier une confidentialité qui a beaucoup moins de raison d'être que dans le cadre d'une cession d'entreprise. De surcroît, le secret exigé autour de la transaction risque fort de se transformer en secret de polichinelle : d'une part au regard du grand nombre d'intervenants travaillant sur le projet⁵⁶ et d'autre part en considération des visites de l'immeuble qui ne manqueront pas d'attirer l'attention des locataires.

Au-delà de la confidentialité, à notre sens, les différences notables entre ces deux procédures sont fonction des critères de choix de l'acquéreur, mais aussi de la rencontre des consentements. Ainsi, à la fin de la période d'audit de la data-room, les candidats à l'acquisition seront-ils tenus de remettre au vendeur une offre ferme et irrévocable d'acquisition et ce sans que les parties ne se soient préalablement rencontrées, à la différence

⁵⁴ G. AGASSE et L-B. EUDES, « La technique de l'*open bid* », *Dr. & patr.* 1997, n° 55, p. 42. Voir également : P. SPITERI « La vente *aux enchères* d'une entreprise (*open bidding*) », *JCP. G* 1991, n° 17 ; A. COURET, « Les accords préliminaires dans les cessions de droits sociaux », *Dr. & soc.* 1998, n° 41 ; CMS Bureau Francis Lefebvre, Groupe Private Equity, *LBO Capital transmission*, 2^{ème} éd. Paris, 2013. « *La vente aux enchères (open bid) permet au cédant de solliciter des offres pour l'acquisition de tout ou partie de sa participation dans la société-cible de la part de plusieurs candidats acquéreurs intéressés et ce, dans le cadre d'une procédure très structurée mettant en concurrence les repreneurs potentiels* ».

⁵⁵ Une des conséquences de cette surexposition serait de détourner un certain nombre de candidats-acquéreurs du fait de la publicité de la transaction qui ne manquerait pas d'attirer un nombre trop élevé d'intermédiaires.

⁵⁶ Chaque candidat-acquéreur mandatera ses experts et conseils pour établir les analyses financières, juridiques, techniques, environnementales, et fiscales sur la base desquelles ils s'appuieront par la suite en vue de déterminer le prix de l'immeuble.

de la procédure d'*open bid*. Le vendeur dispose d'un choix discrétionnaire quant à la personne de son cocontractant, mais si ses critères de sélection en matière d'*open bid* sont variés (prix, aspect social, culture d'entreprise du repreneur, situation de position dominante, intérêts convergents indirects⁵⁷), le prix est souvent le seul critère déterminant retenu dans le cadre de la vente d'immeuble. Il constituera véritablement le seul élément décisif du vendeur. Dans la procédure d'*open bid*, une réunion entre le vendeur et l'acquéreur préalablement à l'offre d'achat permet la remise à ce dernier d'un contrat de vente tenant compte de ses observations. Une fois l'offre acceptée par le vendeur, l'acquéreur n'aura d'autre choix que celui d'adhérer au contrat de cession. En matière de procédure de data-room, l'offre d'achat remise à la clôture de la data-room est systématiquement assortie de conditions suspensives. De ce fait, la naissance de l'obligation de l'acquéreur sera subordonnée à la réalisation d'un ou plusieurs événements futurs et incertains sous la seule restriction que la ou les conditions ne soient pas potestatives. La Cour de cassation considère de manière constante que si la condition est un élément constitutif du consentement de l'une des parties, cette dernière est libre de se rétracter si la condition n'est pas réalisée⁵⁸. La rencontre des consentements dans la procédure de data-room ne se produira donc qu'à la levée de toutes les conditions suspensives contenues dans la promesse de vente.

21. Premier constat : la procédure de data-room est une procédure spécifique

— La procédure de data-room emprunte plusieurs composantes à chacune des procédures que sont la vente aux enchères, l'appel d'offres et l'*open bid*. Elle ne peut cependant pas se rattacher pleinement à l'une d'entre elles. La procédure de data-room doit donc être entendue comme étant une procédure autonome, dont il nous faudra analyser le régime dans le cadre de la présente étude. Celui-ci devra alors nécessairement répondre au désir de souplesse du vendeur mais également offrir aux parties le niveau de sécurité juridique qu'elles sont en droit d'exiger au regard du montant de la transaction.

22. Les enjeux de la procédure de data-room — Les enjeux de la procédure de

data-room correspondent à la finalité que les parties attendent de sa mise en œuvre. Ils sont

⁵⁷ Voir en ce sens : F. THOMAS, *La procédure d'open bid*, Mémoire du diplôme supérieur du notariat, Université Paris II Panthéon-ASSAS, Paris, 1995.

⁵⁸ Voir en ce sens : Cass. 3^{ème} civ., 28 mai 1997, *D.* 1999, p. 11, obs. Ph. Lebrun.

donc différents selon qu'ils sont considérés du point de vue du vendeur ou de celui de l'acquéreur. Pour le vendeur, il s'agira de contourner le caractère peu liquide des actifs immobiliers, qui par opposition aux classes d'actifs traditionnels ne peuvent s'échanger en un trait de temps. Ainsi, cette procédure doit-elle lui permettre d'exposer son immeuble sur le marché qui lui est afférent afin d'apprécier l'appétence des investisseurs et d'organiser sa mutation. Pour l'acquéreur, il s'agira de déterminer une valeur maximale d'acquisition en fonction du couple « rendement / risque d'acquisition ». Il nous faut donc chercher dans un premier temps à appréhender la procédure de data-room en considération des enjeux de chacune de ses parties.

23. L'enjeu du vendeur, la liquidité de l'immeuble — Pour permettre de satisfaire à l'attente du vendeur (rendre son immeuble actif immobilier liquide et le positionner à la vente sur le marché qui lui est afférent), la procédure de data-room doit nécessairement disposer d'une certaine souplesse. En effet, l'enfermer dans un carcan légal trop strict aboutirait à une solution opposée à celle recherchée et ne lui permettrait pas d'être adaptable en considération de chaque vente d'immeuble. Partant, le vendeur maîtrisera chacune des étapes de ce processus et pourra introduire une plus ou moins grandes doses de confidentialité au regard des circonstances. Il pourra déterminer un temps d'ouverture de la data-room plus ou moins long, proposer l'actif à un nombre élevé ou au contraire restreint d'investisseurs potentiels etc. Cependant, une trop grande souplesse pourrait devenir source d'insécurité pour les parties et contenir intrinsèquement les germes de nombreux contentieux.

24. L'enjeu de l'acquéreur — La pratique a fait de la procédure de data-room le fondement de la maîtrise du risque opérationnel. Ce risque peut se traduire économiquement comme étant l'acquisition de l'immeuble à l'issue de la procédure de data-room à une valeur supérieure à sa valeur de marché⁵⁹. L'opération de valorisation consiste à apprécier l'immeuble dans sa globalité, c'est-à-dire à analyser chacune de ses composantes : juridique,

⁵⁹ Voir en ce sens : *Charte de l'Expertise en Evaluation Immobilière*, 4^{ème} éd., octobre 2012, Paris. La valeur de marché ou valeur vénale est définie de la façon suivante : « La valeur vénale est la somme d'argent estimée contre laquelle des biens et droits immobiliers seraient échangés à la date d'évaluation entre un acheteur consentant et un vendeur consentant, dans une transaction équilibrée, après une commercialisation adéquate, et où les parties ont, l'une et l'autre, agi en toute connaissance de cause, prudemment et sans pression ».

fiscale, environnementale, technique, financière ... au regard des règles de droit qui y sont afférentes. Par la suite, il appartient aux candidats-acquéreurs d'évaluer si la situation de l'immeuble est ou non conforme à l'ensemble de ces normes juridiques, puis de traduire économiquement cette situation dans le prix d'acquisition qu'ils proposeront au vendeur.

Une fois ce travail de définition préliminaire accompli, il nous faut analyser le déroulement de la procédure de data-room en considération d'une part des enjeux des parties et d'autre part de la notion de risque.

25. La phase précontractuelle ou le temps du jeu collectif — La procédure de data-room s'inscrit dans un processus relativement long de négociations assimilables à des pourparlers. L'entrée dans la phase précontractuelle sera fonction de l'envoi par le vendeur d'un document préliminaire à une liste restreinte d'investisseurs potentiels. Il s'agit du mémorandum informatif, synthétisant les grandes composantes de la vente de l'immeuble : situation géographique, revenu annuel, organisation juridique etc. Ce document s'analyse comme une invitation à entrer en pourparlers. Il n'est pas assimilable à une offre qui, par définition, serait de nature à engager le vendeur si d'aventure elle était acceptée. La phase précontractuelle s'achèvera à la clôture de la data-room, lorsque le vendeur aura la possibilité d'accepter une des offres fermes qui lui aura été remise (marquant alors l'entrée dans la phase contractuelle) ou de renoncer à la vente.

En droit français, le temps des pourparlers n'est pas une zone de non-droit⁶⁰ soumise à la seule volonté des parties car le résultat serait de soumettre la volonté du plus faible à celle du plus fort en fonction du rapport de force préexistant entre elles. Dans le silence du législateur, cette période est régie par un ensemble de règles d'origine jurisprudentielle, propres à engager la responsabilité civile de la partie qui y contreviendrait. Elle est de surcroît soumise au droit commun de la responsabilité pénale. Cependant, la souplesse relative des pourparlers peut ne

⁶⁰ Voir en ce sens : J. CARBONNIER, *Droit civil, Tome 4, Les obligations*, PUF, Coll. Thémis Droit privé, 22^{ème} éd., Paris, 2000 ; J. HUET, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle. Essai sur la délimitation entre les deux ordres de responsabilité* : Thèse, Paris, 1978, n° 244, p. 237 ; J. GHESTIN, « La responsabilité délictuelle pour rupture abusive des pourparlers », *JCP. N* 2007, I, n° 20, p. 155. Voir en ce sens : Ph. Le TOURNEAU, « La rupture des négociations », *RTD. com.*, 1998, n° 13, p. 479 ; B. de CONINCK, *Le droit commun de la rupture des négociations contractuelles*, in M. Fontaine (dir.), « Le processus de formation du contrat, Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen », Bruylant-LGDJ, 2002, p. 15 et s.

pas être qu'un avantage pour les parties. En effet, son régime n'est pas forcément suffisant pour leur offrir le niveau de sécurité que requiert la vente de l'immeuble, notamment en termes de confidentialité. Partant, la phase précontractuelle sera le siège de l'échange entre les parties de divers contrats préparatoires. A ce stade de notre réflexion, force est de constater que le risque juridique procède d'un potentiel engagement de la responsabilité des parties qui sera fonction d'une part du régime inhérent à la phase des pourparlers et d'autre part des obligations mises à leur charge dans ces différentes conventions préparatoires (et donc de la valeur juridique de celles-ci).

De plus, la finalité des pourparlers étant la détermination du prix d'acquisition, le temps dévolu à l'audit réalisé sur la base de la data-room doit se comprendre comme étant celui de l'appréciation du risque opérationnel, à savoir l'analyse de chacune des composantes de l'immeuble au regard des normes de droit qui lui sont afférentes. Force est alors de constater que l'acquéreur potentiel se trouvera confronté à un foisonnement de normes qu'il devra identifier et maîtriser en un temps relativement court. La conséquence économique d'une mauvaise maîtrise de ce risque opérationnel se traduisant par un prix d'acquisition surévalué.

Partant, la phase précontractuelle devra être analysée en considération de la notion de risque juridique, ce qui présupposera d'en déterminer le régime. Elle devra de plus être étudiée au regard du risque opérationnel ce qui induira nécessairement d'élaborer une procédure d'audit propre à le maîtriser en identifiant les règles de droit afférentes à chacune de ses composantes.

26. La phase contractuelle ou le temps de la relation bilatérale — En pratique, la phase contractuelle débute par la signature d'une promesse de vente. Celle-ci conditionnera quasi-systématiquement la volonté des parties à la levée d'un ensemble de conditions suspensives. Chacune de ces conditions peut être appréhendée comme matérialisant un des facteurs de risque opérationnel relevé par le candidat-acquéreur lors de l'audit qu'il aura préalablement réalisé. Il existe donc une dichotomie, fonction de la graduation du risque, entre ceux qui relèveront de la catégorie des risques d'investissement normaux que l'acquéreur potentiel est prêt à accepter ; et ceux dont l'ampleur est telle qu'ils sont de nature à conditionner la volonté de l'acquéreur. La réitération des consentements par acte authentique marque la fin de la période contractuelle. Elle est le fondement de la structuration du système de garantie propre à la vente. Elle permet de prévoir pour l'avenir un traitement des différents

facteurs de risque opérationnel, dont l'ampleur est telle que le législateur n'a pas souhaité en faire porter la charge au seul acquéreur dans le cadre de la vente d'immeuble.

Ainsi, tant la promesse de vente que l'acte de vente définitif sont-ils de nature à permettre un traitement des différents facteurs de risques opérationnels relevés par le candidat à l'acquisition. Cependant, les considérer sous cet unique aspect serait omettre que, s'ils constituent bien un levier de maîtrise du risque d'investissement, ils sont également un facteur de risque juridique. En effet, ils mettent à la charge des parties un ensemble d'obligations dont l'inexécution sera de nature à potentiellement engager leur responsabilité contractuelle. Cela est notamment vrai pour la promesse de vente dans le cadre de laquelle l'inexécution de certaines obligations des parties pourra se traduire par l'exécution forcée de l'engagement. Pour tenter de maîtriser ce risque, les parties auront recours à la technique contractuelle afin de stipuler des clauses propres à aménager le régime général de la promesse et en minorer les effets.

27. L'analyse de la procédure de data-room à l'aune du risque — Apprivoiser la procédure de data-room consiste bien à l'analyser en considération du risque auquel s'exposent les parties lorsqu'elles y ont recours. Il s'agira alors d'apprécier cette notion de risque comme recouvrant d'une part le risque juridique procédant de l'engagement de la responsabilité des parties; et d'autre part le risque opérationnel renvoyant à l'opération de valorisation de l'immeuble.

Pour répondre à cette problématique, nous avons choisi de diviser chronologiquement la procédure de data-room en deux phases distinctes : celle correspondant au temps de la négociation et celle afférente au temps du contrat. Ainsi aborderons-nous son analyse en nous fondant d'une part sur la maîtrise du risque appréciée au moment de la phase précontractuelle (**Partie 1**), puis lors de la phase contractuelle (**Partie 2**).

Partie 1. La maîtrise du risque lors de la phase précontractuelle

Partie 1. La maîtrise du risque lors de la phase précontractuelle

28. Des différents risques auxquels peuvent être confrontées les parties lors de la négociation — Lors de la procédure de data-room, la phase des pourparlers⁶¹ s'inscrit le plus souvent dans la durée. Elle correspond au temps dévolu à l'appréciation du risque tant juridique qu'opérationnel, qui une fois évalué et maîtrisé conditionnera la réalisation de l'opération contractuelle. Il est donc nécessaire que durant cette période de négociation aucune des parties ne puisse être forcée par l'autre à la conclusion de la vente. En effet, quel que soit le chef de préjudice que l'un des négociateurs demanderait à l'autre de réparer, les juges se refusent par principe à la conclusion forcée du contrat.

De prime abord, une contradiction manifeste peut apparaître entre cette logique de maîtrise du risque et la phase des pourparlers. Effectivement, cette dernière est par nature source d'un risque juridique qui lui est propre, lequel est matérialisé par la possibilité pour les négociateurs d'engager leur responsabilité, et ce, du simple fait de leur participation à cette négociation. Il est certain que négocier n'est pas exempt de risque en droit français. Bien que le législateur n'ait pas assorti la période précontractuelle d'un régime de responsabilité spécifique, la jurisprudence a largement admis l'intervention de différents régimes de responsabilité tant civile que pénale au stade de la formation du contrat.

Partant, lorsque les parties souhaitent opérer une gestion optimale du risque, il est fondamental qu'elles l'abordent selon deux composantes. La première est d'ordre juridique ; elle correspond à cette possibilité pour un négociateur d'engager sa responsabilité lors de la phase précontractuelle soit par la commission d'une faute (dont nous verrons qu'elle peut être civile, délictuelle ou pénale) soit par l'inexécution d'une obligation de nature contractuelle en cas de contractualisation des pourparlers. La seconde, d'ordre financière, reflète la logique d'investissement qui préside à la réalisation la vente. En effet, les parties analyseront moins

⁶¹ Voir en ce sens : G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, éd PUF, Coll. Quadrige Dicos Poche, Paris, 2011. La formation du contrat y est définie tant comme « *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* ».

l'immeuble dans l'acception première qu'il convient de donner à ce terme (à savoir un bâtiment) que comme l'ensemble des revenus qu'il est susceptible de créer (la vente est perçue par les parties comme portant sur la cession des revenus garantis de l'immeuble pour le futur). Au regard de la procédure de data-room, il incombe aux candidats-acquéreurs de déterminer une valeur d'acquisition. Celle-ci sera définie en fonction d'une part de l'emploi de méthodologie financière fonction du revenu et d'autre part de l'évaluation du niveau de risque opérationnel corrélé à cet investissement. En effet, par opposition à la cession d'autres classes d'actifs (actions, obligations), la nature immobilière du bien dont la vente est envisagée impose aux candidats potentiels d'analyser chacune des composantes de l'immeuble (technique, fiscale, environnemental ...) lors de l'audit de la data-room qui lui est afférente.

Maîtriser ces deux composantes du risque présuppose d'une part d'analyser le régime de responsabilité précontractuelle applicable à la procédure de data-room (**Titre I**) et d'autre part d'apprécier comment la data-room, véritable clef de voûte de cette procédure, permet de circonscrire le risque d'investissement (consistant à acheter l'immeuble à un prix surévalué) par une évaluation des différents risques opérationnels portant sur chacune des composantes de l'immeuble (**Titre II**).

Titre I : Le régime de responsabilité précontractuelle applicable à la procédure de data-room

29. La maîtrise du risque juridique propre à la phase précontractuelle passe par l'analyse du régime de responsabilité applicable à la procédure de data-room — Le législateur n'a pas souhaité doter la phase des pourparlers d'un régime qui lui soit propre, toutefois, il ne faudrait pas traduire ce silence comme matérialisant une absence de pénétration de la norme juridique au stade de la formation du contrat, mais plutôt comme induisant une application des règles générales de la responsabilité civile délictuelle ainsi que de la loi pénale durant cette période. Ainsi, la phase des pourparlers est-elle inclusive d'un risque juridique tenant au possible engagement de la responsabilité des parties appréciées en fonction droit commun de la responsabilité civile précontractuelle (et plus exceptionnellement pénale), dont les conditions de mise en œuvre ont été définies par les tribunaux.

Au regard de la pratique en matière de vente d'immeuble réalisée par le biais d'une procédure de data-room, force est de constater que les parties ont systématiquement recours à l'utilisation de documents préparatoires que sont les lettres de confidentialité et d'intention. Il en résulte une pénétration de la responsabilité contractuelle lors de la phase précontractuelle. Celle-ci est motivée par la protection des « intérêt particuliers des parties » qu'elles souhaitent tout particulièrement protéger durant cette période et qui ne pourront être réellement pris en compte que par une contractualisation de la négociation propre à intégrer la casuistique de chaque vente d'immeuble.

30. La distinction entre le « droit police » et le droit de l'avant-contrat — Pour apprécier cette interpénétration des différents régimes de responsabilité lors de la période de formation du contrat, il convient de se reporter aux propos de M. Mousseron, qui distingue d'une part « *le droit police de l'avant-contrat* »⁶² et, d'autre part, « *les instruments de l'avant-*

⁶² Voir en ce sens : J.M MOUSSERON, M. GUIBAL et D. MAINGUY, *L'avant-contrat*, éd. Francis Lefebvre, 2001, n° 26, p. 38.

contrat »⁶³. La première de ces deux notions renvoie à l'idée d'une effectivité du droit dans la sphère précontractuelle par une application des règles de la responsabilité majoritairement civile délictuelle, et plus exceptionnellement pénale. Il s'agit d'encadrer la gestation du contrat en filtrant les agissements des parties en considération de normes ayant vocation à s'appliquer soit en l'absence de stipulations contractuelles particulières, soit parce que relevant non du supplétif, mais de l'impératif de volonté. La seconde de ces notions renvoie à l'utilisation d'outils contractuels ayant vocation à encadrer la négociation en protégeant certains des intérêts spécifiques à chacune des parties.

La maîtrise du risque juridique inhérent à la négociation initiée dans le cadre de la procédure de data-room doit nécessairement être analysée au regard de cette dichotomie. Ainsi s'agira-t-il d'une part d'analyser la formation du contrat de vente à l'aune des règles du droit commun (entendu ici comme inclusif tant de la responsabilité civile délictuelle que de la responsabilité pénale) afin de permettre, par une appréciation de leurs conditions de mise en œuvre, une juste gestion du risque tenant à l'engagement de l'une ou l'autre de ces responsabilités (**Chapitre 1**). D'autre part, nous devons considérer cette procédure à l'aune de la pénétration de la loi contractuelle réalisée par le biais des lettres de confidentialité et d'intention. Il nous faudra alors traiter les contrats de négociation au regard d'une double réalité : s'ils sont effectivement un facteur de risque juridique tenant à l'engagement de la responsabilité contractuelle des négociateurs, ils n'en demeurent pas moins un moyen de protection de leurs intérêts particuliers durant toute la phase des pourparlers (**Chapitre 2**).

⁶³ *Ibidem.*

Chapitre 1 : Le droit commun de la responsabilité

précontractuelle

31. La pénétration du droit dans la sphère des pourparlers par l'entremise du « droit police » — La période des pourparlers n'est pas inconnue du droit positif. Il ne s'agit pas, pour reprendre la formule de Jean Carbonnier, d'une « *zone de non-droit* »⁶⁴. Bien que le législateur ne l'ait pas positionnée sous l'égide d'un système de responsabilité spécifique, elle n'en demeure pas moins soumise au respect des principes de la responsabilité de droit commun. En ce sens et en considération de la pénétration de ce « droit police » dans la phase des pourparlers, les parties seront tenues au respect des règles procédant tant de la responsabilité civile délictuelle (**Section 1**) que de la responsabilité pénale (**Section 2**).

⁶⁴ J. CARBONNIER, *Droit civil, Tome 4, Les obligations, op. cit.*, n° 24 p.67.

Section 1 : La responsabilité délictuelle précontractuelle

32. La nature délictuelle de la responsabilité civile précontractuelle en l'absence de contrat de négociation — En l'absence de contrats préparatoires, une faute liée à la négociation d'un contrat de vente portant sur un immeuble doit-elle être sanctionnée sur le terrain de la responsabilité contractuelle ou sur celui de la responsabilité délictuelle ? Pour illustrer cette question et définir les termes de la controverse, il convient de se référer aux propos de H. Mazeaud : « *Puisqu'il n'y a pas de contrat il peut sembler illogique de parler de responsabilité contractuelle, et, cependant, peut-on ne pas tenir compte de cette situation spéciale dans laquelle on est placé, de la considération que c'est à l'occasion de la conclusion d'un contrat que la responsabilité est engagée ; la nature même de la responsabilité en serait-elle modifiée ?* » En faveur de la responsabilité contractuelle, la thèse *culpa in contrahendo* soutenue par Ihering⁶⁵ défend l'idée selon laquelle le contrat principal, dont la conclusion est l'objectif des négociations initiées entre les parties, exercerait « *une force d'attraction comme par anticipation* »⁶⁶ pour reprendre l'expression de M. Dissaux. De cette façon, quand bien même le contrat ne serait pas encore conclu, la seule perspective de sa conclusion future justifierait la nature contractuelle de la responsabilité précontractuelle. Saleilles résume cette pensée par la phrase suivante : « *la responsabilité qui devait dériver du contrat s'attache déjà à la proposition de contrat* »⁶⁷. Réfutée par la majeure partie de la doctrine⁶⁸, l'existence de cet

⁶⁵ R. von IHERING, *De la Culpa in contrahendo ou des dommages et intérêts dans les conventions nulles ou restées imparfaites*, in Œuvres choisies, 1893. En faveur du positionnement de la phase des pourparlers sous l'égide de la responsabilité contractuelle et non délictuelle, il avait avancé au XIX^e l'idée selon laquelle, lors des pourparlers, il existait une convention implicite aux termes de laquelle chacune des parties s'engageait à faire preuve de diligence sous peine de commettre une « *culpa in contrahendo* », c'est-à-dire une faute en contractant.

⁶⁶ N. DISSAUX, « Fonds de commerce : Cession, formation », *JCC*, octobre 2010, fasc. 202, p. 8.

⁶⁷ R. SALEILLES, *Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'Empire allemand*, Paris, LGDJ, 3^{ème} éd., 1925.

⁶⁸ Il existe cependant des partisans de la responsabilité contractuelle pour la phase précontractuelle, voir en ce sens : G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité théorique et pratique de droit civil, de la vente et de l'échange*, Paris, Librairie de la société du recueil et du journal du Palais, 1908.

avant-contrat semble bien relever pour J. Huet de la fiction divinatoire⁶⁹. La jurisprudence reprend très nettement cette position⁷⁰, y compris au niveau européen⁷¹.

33. La faute, fondement de la responsabilité délictuelle précontractuelle —

Dans le Code civil, la responsabilité délictuelle était fondée initialement sur la faute. Elle poursuivait l'objectif d'imposer à celui par la faute duquel un dommage était survenu de le réparer. L'évolution de la responsabilité civile, notamment au regard de l'industrialisation, a abouti à l'introduction en 1898 d'une responsabilité « du fait des choses », puis d'une responsabilité « du fait d'autrui » découverte par la jurisprudence dans l'alinéa premier de l'article 1384⁷² du code précité. Par la suite, les développements de la technologie ont permis l'essor d'une responsabilité propre aux accidents de la circulation⁷³, ainsi qu'une responsabilité du fait des produits défectueux⁷⁴ dont le champ d'application a été étendu aux produits agricoles. En considération de ces ajouts, les fonctions du droit de la responsabilité civile ont évolué pour se centrer sur la réparation du préjudice subi. Nous avons alors assisté à une évolution des fondements de la responsabilité délictuelle, reléguant la faute au rang de fondement résiduel au profit de « la théorie de la garantie » qui fonde à elle seule l'existence du principe d'indemnisation. Cette responsabilité sans faute permet l'indemnisation du préjudice en considération de la seule exigence du dommage⁷⁵.

⁶⁹ J. HUET, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle. Essai sur la délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, Thèse, Paris 1978, *op. cit.*.

⁷⁰ Voir en ce sens notamment : Cass. com., 23 mai 1989, *JCP. E* 1989, I, n° 18761 ; Cass. com., 11 janvier 1984, *Bull. civ.* 1984, IV, n° 16 ; Cass. com., 20 mars 1972, *Bull. civ.* 1972, IV, n° 93.

⁷¹ Voir en ce sens : CJCE, 17 septembre 2002, aff. C-334/00, Tacconi, *Deffrénois*, 2003, p. 254, note R. Libchaber.

⁷² L'alinéa premier de l'article 1384 du C. civ dispose en ce sens 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* ».

⁷³ Voir en ce sens : Loi n°85-677 du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation.

⁷⁴ Voir en ce sens : Directive 85/374/CEE du Conseil du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux.

⁷⁵ Tel est le principe en matière d'accident de la circulation où le conducteur est systématiquement tenu d'indemniser la victime non conductrice en cas de préjudice physique.

Au regard de l'émergence des « responsabilités objectives », la faute a fait peu à peu place nette. Néanmoins, dans le cadre de la phase des pourparlers, c'est bien la démonstration de son existence qui va permettre l'indemnisation du préjudice au titre de la responsabilité délictuelle dont elle est indubitablement le fondement. Il n'existe pas de définition spécifique de la faute inhérente aux pourparlers ; il convient donc de se reporter à la définition classique de la faute délictuelle dont le contenu varie en fonction des auteurs⁷⁶. Dans le cadre du présent travail, nous la définirons telle qu'elle a pu être appréhendée par H. Mazeaud, à savoir comme étant l'erreur de conduite qu'un homme normalement avisé (en l'occurrence un négociateur diligent se conduisant en bon père de famille) n'aurait pas commise dans une situation de fait équivalente à celle envisagée en l'espèce. Il faut alors tenir compte d'une faute quelconque sans exiger qu'elle présente un caractère de gravité particulier ou encore un caractère intentionnel.

34. La gestion du risque lors de la négociation — À l'occasion de la négociation initiée dans le cadre de la procédure de data-room, il est possible pour les parties d'engager leur responsabilité délictuelle précontractuelle en cas de commission d'une faute. Ainsi, la maîtrise du risque juridique tenant à cette possibilité d'engagement nous impose-t-elle d'appréhender le régime de cet ordre de responsabilité (§1), avant d'analyser ses conditions de mise en œuvre (§2).

§1 : Le régime de la responsabilité délictuelle précontractuelle applicable à la procédure de data-room

35. La liberté contractuelle, principe directeur des pourparlers — En droit interne, il n'existe pas de standard : aucun carcan législatif ou réglementaire n'est imposé aux

⁷⁶ Planiol définit la faute comme « le manquement à une obligation préexistante » in M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 7^e éd., t.2, LGDJ, 1917, Paris, n° 863. Domat la définit comme « constitutive de tout fait illicite » cité chez in J.L CHAPUIS, *La faute chez Domat*, Mémoire de D.E.A., Histoire du Droit, Dijon, 1994, p. 67, H. MAZEAUD la définit pour sa part comme « une erreur de conduite telle qu'elle n'aurait pas été commise par une personne avisée placée dans les mêmes circonstances externes que l'auteur du dommage » in H. MAZEAUD, *La "faute objective" et la responsabilité sans faute*, Recueil Dalloz Sirey, 1985, Chr. 13.

parties, lesquelles pourront organiser librement le déroulement de la négociation. Par conséquent et avant la signature de tout accord définitif, chaque partie dispose d'une faculté de céder ou d'acquérir l'immeuble. Cette alternative est la traduction juridique du principe de liberté contractuelle qui confère aux parties un droit : celui de rompre unilatéralement et à tout moment les pourparlers. L'usage de ce droit n'est intrinsèquement pas fautif⁷⁷ et n'a pas à être motivé⁷⁸. En considération du fait que la liberté est le principe régissant le domaine des relations précontractuelles, les juges du fond en ont déduit l'existence de son corollaire tenant à la liberté de rompre les négociations à tout moment⁷⁹.

36. La responsabilité délictuelle en tant que tempérament au principe de la liberté contractuelle — Partant, il ne faudrait pas en conclure que la phase de préparation du contrat permet aux parties d'agir à leur guise au nom du principe de la liberté contractuelle. Ce dernier ne saurait leur permettre d'organiser le déroulement des pourparlers en fonction de leur seule volonté, à l'exclusion de toute règle de droit. En effet, la responsabilité délictuelle vient amoindrir la marge de manœuvre des parties et restreindre leur possibilité d'action en qualifiant de faute délictuelle certains de leurs comportements. Ainsi, la condition primordiale de mise en œuvre de cette responsabilité reposant sur la nature fautive de l'agissement des parties présuppose-t-elle qu'une « norme comportementale » ait préalablement été définie par les juges du fond. Dans le silence du législateur, les tribunaux ont alors intégré la règle de droit au sein de la phase précontractuelle en prévoyant la sanction de la faute de comportement. Ils contrôlent de cette manière l'existence d'une éventuelle faute délictuelle que l'une des parties pourrait commettre dans l'acte de négocier. Cette vérification consiste pour les juges du fond à apprécier d'une part la régularité dans l'exercice par les parties de leur droit de rompre unilatéralement les pourparlers au nom du principe de la liberté contractuelle (I). Elle porte d'autre part sur le respect du principe général de bonne foi que les négociateurs se doivent de respecter lors des pourparlers (II).

⁷⁷ Voir en ce sens : Cass. 2^{ème} civ., 4 mars 2004, n° 02-14.022, *inédit*. Pour une reprise dans le corps de l'arrêt du principe de l'absence de faute commise dans le fait de rompre les pourparlers.

⁷⁸ CA Aix-en-Provence, 28 février 1990, *Bull. Aix*, janvier 1990, n° 6. Pour une illustration de ce qu'il n'appartient à l'auteur de la rupture des pourparlers de motiver sa décision.

⁷⁹ Voir en ce sens : Cass. com., 20 mars 1972, *JCP. G* 1973, II, n° 17543 et CA Riom, 10 juin 1992, *RJDA*, 1992, n° 893. Pour l'illustration de l'application du principe tenant à la liberté contractuelle et donc à la possibilité de rompre à tous moments les pourparlers sans que la rupture soit intrinsèquement constitutive d'une faute.

I : La rupture des pourparlers, première cause d'engagement de la responsabilité délictuelle précontractuelle

37. La sanction de la faute de rupture, fondement juridique et économique —

La rupture des pourparlers ne peut être intrinsèquement fautive en considération du principe de la liberté contractuelle. Cependant, les circonstances qui l'entourent, tout comme les motifs qui président sa mise en œuvre, peuvent sous certaines conditions être qualifiés de fautes délictuelles et la contaminer en lui conférant une nature fautive. Le négociateur qui commet une faute dans l'exercice de son droit de rompre unilatéralement les pourparlers s'expose alors à l'engagement de sa responsabilité délictuelle sur le fondement de l'abus de droit.

La sanction de ce comportement peut se justifier d'un point de vue juridique : en application de l'article 1382 du Code civil⁸⁰, celui qui par sa faute cause un dommage générant un préjudice est tenu de le réparer. L'abus de droit satisfait cette exigence, la réparation du dommage étant le corollaire du préjudice engendré.

La sanction de la faute peut également se justifier d'un point de vue économique. En effet, la négociation d'un contrat qui s'échelonne dans le temps peut avoir de fortes répercussions financières pour les parties. Cela est particulièrement vrai pour la procédure de data-room, durant laquelle les candidats-acquéreurs vont devoir couvrir des frais élevés de conseil (lors de la phase d'audit de la data-room). Pour un professionnel, il est normal de considérer l'échec des pourparlers comme un risque d'entreprise et donc d'inscrire les dépenses induites par les négociations dans ses frais généraux, en dehors de toute considération de l'échec ou du succès des pourparlers. Cette approche de la négociation n'est valable qu'à la seule condition que les parties aient accepté le risque inhérent à l'acte de négocier et donc à l'aléa tenant à l'issue de la négociation ; encore faut-il que celle-ci ait été menée loyalement et raisonnablement. Dans le cas contraire, l'engagement des dépenses correspondant à la période précontractuelle perd tout son sens. En cas de faute commise à l'occasion de la rupture, la relation d'affaires devient viciée : l'aléa initialement anticipé et comportant le risque de ne pas conclure ne prend pas en considération la mauvaise foi du partenaire qui est appréciée à l'occasion de la rupture et constitutive d'une faute délictuelle.

⁸⁰ L'article 1382 du Code civil dispose que « *tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* ».

Celle-ci fonde l'abus de droit et donc l'engagement de la responsabilité délictuelle précontractuelle du négociateur qui le commet.

38. La définition prétorienne de la faute de rupture — D'origine prétorienne, le régime de responsabilité délictuelle considéré sous l'angle de la rupture des pourparlers passe nécessairement par une analyse de la faute dont la jurisprudence a défini tant la consistance (A) que les critères (B).

A : La consistance de la faute

39. L'approche objective et morale de la faute — La jurisprudence a procédé à un double mouvement en matière d'appréciation de la faute commise à l'occasion de la rupture des pourparlers : celui-ci consiste d'une part en une approche objective de la faute (1) et d'autre part en une approche morale de celle-ci (2).

1 : L'objectivisation de la faute

40. La faute qualifiée, condition originelle de l'abus de droit — La sanction de la rupture des pourparlers s'effectue sur le terrain de l'abus de droit dont il nous faut, dans un premier temps, apprécier les conditions de mise en œuvre. Classiquement, l'abus de droit est caractérisé lorsqu'il est établi que le titulaire d'un droit a exercé ce dernier en étant dominé par la mauvaise foi ou l'intention de nuire. Ces deux éléments nécessitent de rapporter la preuve d'une faute qualifiée. Tel est le cas pour l'intention de nuire qui, considérée à l'occasion des pourparlers, permettra la sanction de l'auteur de la rupture qui n'a entrepris des négociations que pour empêcher son partenaire de traiter avec un tiers⁸¹ ; ou encore pour obtenir la divulgation d'informations confidentielles⁸². Ainsi, la sanction de la rupture fautive fondée sur l'abus de droit était-elle originellement complexe dans sa mise en œuvre puisqu'elle supposait d'analyser l'existence de l'intention de son auteur lorsqu'il mettait un terme à la négociation. Au-delà de la question probatoire, cette difficulté tenant à l'exigence de la faute qualifiée faisait la part belle à la liberté contractuelle, limitant la question de la responsabilité aux cas

⁸¹ Cass. com., 3 octobre 1978, *Bull. civ.* 1978, IV, n° 208.

⁸² CA. Rouen, 13 janvier 1981, *D.* 1983, p. 53.

particulièrement graves. Les garde-fous imposés aux parties quant à leurs agissements étaient donc particulièrement réduits, illustrant la volonté de faire prévaloir la liberté de contracter au détriment de la sécurité juridique. Il était alors manifeste que l'intervention du droit dans la sphère précontractuelle relevait plus de la casuistique que d'une véritable volonté d'encadrement. Cependant, l'abandon progressif de la faute qualifiée par les tribunaux a mis en évidence la détermination des juges du fond à limiter la toute-puissance de la liberté contractuelle en permettant une sanction plus accessible des agissements des négociateurs. Cette évolution a été permise grâce à l'admission du recours à la faute simple en vue de caractériser l'abus de droit.

41. L'admission progressive de la faute simple — Si l'intention de nuire peut toujours être invoquée, la Cour de cassation a néanmoins admis, par un arrêt du 3 octobre 1972⁸³, que « *la responsabilité délictuelle prévue pour les articles 1382 et 1383 du Code civil peut être retenue en l'absence d'intention de nuire* ». Ainsi, le recours à l'intention de nuire ne présente-t-il plus qu'un caractère marginal dès lors que la démonstration de la mauvaise foi est suffisante pour établir l'abus de droit. La jurisprudence de la Cour de cassation relative à la rupture des pourparlers vise spécifiquement et à plusieurs reprises cette notion⁸⁴. La mauvaise foi présuppose une analyse subjective des conditions ayant entraîné la rupture, en se fondant sur l'état d'esprit de son auteur. Les magistrats ont peu à peu renoncé à cette analyse pour procéder à une objectivisation de la faute, c'est-à-dire une appréciation de la conduite objective de l'auteur de la rupture. Il n'est alors plus nécessaire de chercher à caractériser la mauvaise foi et donc d'avoir recours à la faute qualifiée puisqu'il suffit de démontrer que l'auteur de la rupture a adopté une attitude objectivement critiquable, c'est-à-dire contraire à celle que chacun est en droit d'attendre de tout « *bon contractant* »⁸⁵. Le point culminant de ce travail d'objectivisation, actant de l'admission de la faute simple en vue de démontrer le caractère abusif de la rupture, procède de l'arrêt de la chambre commerciale du 13 octobre 1993⁸⁶ : pour rejeter le pourvoi d'une société et approuver le raisonnement de la Cour d'appel,

⁸³ Cass. 3^{ème} civ., 3 octobre 1972, *Bull. civ.* 1972, III, 1972, n° 491.

⁸⁴ À titre d'exemple : Cass. com., 26 oct. 1993, n° 91-16.593, Fontaine et SCI du Mûrier, *inédit*.

⁸⁵ Voir en ce sens : B. FAGES, « Le comportement du contractant », *PUAM*, 1997, n° 573.

⁸⁶ Cass. com., 12 octobre 1993, n° 91-19.456, S.A.R.L. HUBO c/ Petit et coopérative agricole du syndicat d'Arras, *inédit*. La faute simple est retenue en dehors de la mauvaise foi et permet de caractériser l'abus de droit lors de la rupture des pourparlers.

l'arrêt retient que « *sans avoir à caractériser l'existence de la mauvaise foi ou d'une intention de nuire, la société demanderesse avait agi avec légèreté, attitude intrinsèquement constitutive d'une faute* ».

42. Vers une autonomie de la faute simple en dehors de la caractérisation de la mauvaise foi ? — Une analyse de la jurisprudence en la matière nous révèle que les magistrats ont dans un premier temps admis le recours à la faute simple pour qualifier la mauvaise foi. Par la suite, la faute simple a été retenue seule pour démontrer l'existence de l'abus, et ce, en dehors de tout recours à la notion de mauvaise foi qu'elle servait auparavant à caractériser, y compris dans des cas où celle-ci aurait pu être facilement rapportée⁸⁷. Il en résulte que la faute simple semble prendre son autonomie au regard de la mauvaise foi et peut à elle seule fonder l'abus de droit. Nous pourrions alors en conclure que la responsabilité délictuelle précontractuelle lors de la rupture des pourparlers ne serait *in fine* qu'une responsabilité pour faute procédant du régime de droit commun fondé sur l'article 1382 du Code civil. Une fois démontrée, l'existence de la faute permettrait de sanctionner la rupture en dehors de la caractérisation de la mauvaise foi et donc de l'abus de droit.

43. La solution de principe : l'absence d'autonomie de la faute simple — Cette conception autonome de la faute simple appréciée de façon objective appelle un certain nombre de critiques. Dans un premier temps, de nombreux arrêts de la Cour de cassation ont associé directement la faute simple et l'abus de droit. L'arrêt *Manoukian* du 26 novembre 2003⁸⁸ émanant de la chambre commerciale, dont la solution a été reprise par la troisième chambre civile dans un arrêt en date du 28 juin 2006⁸⁹, a retenu l'existence d'une faute relevée à l'occasion de l'exercice du droit de rompre unilatéralement les pourparlers comme fondement de la responsabilité délictuelle précontractuelle. Or, la faute commise à l'occasion de l'exercice d'un droit renvoie directement à la notion d'abus. De plus, le lien préexistant entre faute simple et rupture abusive a été clairement mis en lumière par la deuxième chambre

⁸⁷ *Ibidem*.

⁸⁸ Cass. com., 26 novembre 2003, *Bull. civ.* 2003, IV, 2003, n° 186 ; *RTD. Civ.* janvier 2004, p. 83, obs. J. Mestre et B. Fages.

⁸⁹ Cass. 3^{ème} civ., 28 juin 2006, *Bull. civ.* 2006, III, n° 164.

civile à l'occasion d'un arrêt en date du 4 mars 2004⁹⁰, où il a été relevé que la société à l'encontre de laquelle la rupture fautive a été invoquée n'avait pas commis de faute « *en exerçant son droit de mettre fin aux pourparlers* ».

Comme le relève M. Ghestin⁹¹, la Cour a apprécié ici « *l'existence d'une faute dans l'exercice d'un droit – en l'occurrence celui de rompre unilatéralement les pourparlers – ce qui est caractéristique de l'abus* ». Certes, la démonstration de l'intention de nuire ou la qualification de la mauvaise foi à travers la faute qualifiée permettent de caractériser la responsabilité délictuelle précontractuelle de l'auteur de la rupture fautive sur le terrain de l'abus de droit. Pourtant, l'admission par la Cour de cassation de la faute simple procédant de la légèreté blâmable va permettre de sanctionner de la même façon l'échec des pourparlers. Il ne faudrait pas en déduire que sa démonstration devant les juges du fond serait de nature à mettre en œuvre cette responsabilité. En effet, seule son appréciation dans le cadre de l'abus de droit le pourrait. Il n'y a pas d'autonomie de la faute : celle-ci ne permet pas à elle seule la mise en œuvre de la responsabilité délictuelle de son auteur, ce qui s'oppose à l'idée que la responsabilité des parties durant la phase précontractuelle est une responsabilité délictuelle de droit commun. Sa mise en œuvre obéit à des conditions propres. Par ailleurs, l'appréciation de la faute doit être comprise comme caractérisant l'abus de droit, lequel est suffisant pour engendrer la responsabilité des négociateurs et sanctionner la rupture.

Après avoir traité la conception objective de la faute commise à l'occasion de la rupture des pourparlers, il nous faut à présent étudier le mouvement jurisprudentiel qui a présidé à sa moralisation.

2 : La moralisation de la faute

44. La bonne foi et l'approche morale de la faute commise à l'occasion de la rupture des pourparlers — Il est fait mention de la bonne foi à l'article 1134 alinéa 3 du Code civil qui dispose que les conventions « *doivent être exécutées de bonne foi* ». Cependant, cette règle de droit ne fait référence qu'à la phase de l'exécution du contrat et passe sous silence sa période de préparation. La jurisprudence a pallié cette lacune en faisant émerger au

⁹⁰ Cass. 2^{ème} civ., 4 mars 2004, n° 02-14.022, Société Disques Temporels et Espace c/ Société Polygram, *inédit*.

⁹¹ J. GHESTIN, « La responsabilité délictuelle pour rupture abusive des pourparlers », *JCP.G* janvier 2007, I, n° 20, p. 155.

nom de la bonne foi un devoir général de comportement s'imposant aux parties à tous les stades de la vie du contrat. Considéré dans un premier temps lors de la formation du contrat sur le terrain du dol, il a été par la suite mis en œuvre par les tribunaux de façon autonome sur celui de la responsabilité délictuelle. La doctrine comme la jurisprudence admettent l'existence d'un principe général de bonne foi lors de la phase des pourparlers. Dans la majorité des cas, cette obligation se révèle à l'occasion de la rupture des négociations. Néanmoins, d'autres manifestations se font sentir et, au nom de la bonne foi, des obligations spécifiques s'imposent aux parties⁹². Celles-ci feront par la suite l'objet d'une étude spécifique. Nous ne traiterons ici que de la notion de bonne foi, en ce qu'elle donne une approche morale à la faute, permettant alors de qualifier d'abusives la rupture des pourparlers.

45. La prééminence de l'appréciation morale de la faute par le juge - L'abus de droit, procédant d'une appréciation objective de la faute, fonde originellement l'engagement de la responsabilité délictuelle. Cependant, le manquement à l'exigence de bonne foi, résultant d'une approche morale de celle-ci, semble motiver un nombre croissant de décisions. Les juridictions du fond, telles que la Cour d'appel de Paris, appliquent la responsabilité délictuelle sur le simple constat du manquement « *à la bonne foi qui doit présider aux relations commerciales* »⁹³. Cette position a été confirmée par la Cour de cassation qui n'exige qu'une faute simple consistant en une violation « *des règles de bonne foi dans les relations commerciales* »⁹⁴ pour admettre la responsabilité de l'une des parties dans l'échec de la négociation et le caractère fautif de la rupture. De même, lorsque la Cour de cassation se réfère « *au manque de loyauté* »⁹⁵ relevé par les juges du fond pour admettre le bien-fondé de l'engagement de la responsabilité délictuelle précontractuelle, elle traduit de cette idée un devoir général de bonne foi auquel les parties sont tenues lors de la phase des pourparlers. Sur le constat de sa violation, déduite des circonstances de la cause, une partie de la doctrine voit aujourd'hui en elle « *la meilleure arme pour sanctionner la rupture des pourparlers* »⁹⁶ illustrant ainsi la moralisation de la relation précontractuelle d'affaires⁹⁷.

⁹² Voir en ce sens les obligations de confidentialité et d'information que les parties contractualiseront par le biais de contrats de négociation temporaires eu égard à leur importance lors de la procédure de data-room.

⁹³ CA Paris, 16 avril 1991, *RJDA* 1991, n° 461.

⁹⁴ Cass. com., 22 avril 1997, *D.* 1998, p. 45 ; *RTD. civ.* 1997, p. 651.

⁹⁵ Cass. com., 7 avril 1998, *JCP. E* 1999, n° 4, p. 169, obs. P. Mousseron.

⁹⁶ Voir en ce sens : Ph. Le TOURNEAU, « La rupture des négociations », *RTD. com.* 1998, n° 13, p. 479.

Partant, se pose la question du fondement de la responsabilité délictuelle précontractuelle appréciée lors de la rupture. Deux approches sont possibles : la première consiste à reconnaître l'autonomie complète de l'obligation de bonne foi et admettre que la partie qui s'y soustrait engage sa responsabilité délictuelle sur la simple constatation du non-respect des obligations qu'elle met à sa charge. La seconde consiste à reconnaître qu'un manquement à l'obligation de bonne foi est une faute simple qui doit être appréciée au regard de l'abus de droit et plus spécifiquement de la mauvaise foi qu'elle caractérise.

46. L'absence d'autonomie de la bonne foi — Comme le relève M. Ghestin⁹⁸, « *l'analyse de la jurisprudence de la Cour de cassation sur les conditions de mise en œuvre de la responsabilité délictuelle précontractuelle confirme (...) l'insuffisance d'une application directe de la responsabilité délictuelle ou de la bonne foi et la nécessité de faire appel à l'abus de droit* ». En prenant cette analyse pour point de départ de notre réflexion, il nous semble manifeste qu'il convient de traiter la bonne foi en tant que source d'engagement de la responsabilité délictuelle précontractuelle selon un double niveau de lecture. D'abord, la jurisprudence a imposé aux négociateurs un ensemble d'obligations telles que la transmission de l'information et sa confidentialité au regard du devoir de comportement général mis à la charge des parties au titre de la bonne foi. La méconnaissance de ces obligations permet de générer la mise en œuvre de la responsabilité délictuelle précontractuelle de son auteur sur le fondement de la bonne foi indépendamment de la rupture. Néanmoins, dans le cadre de la rupture des pourparlers, il ne semble manifestement pas possible de reconnaître à la bonne foi une autonomie par rapport à l'abus de droit. Lorsque les tribunaux ont recours à la bonne foi pour sanctionner l'auteur de la rupture, elle est utilisée pour permettre la caractérisation de l'existence d'une faute. Mais cette dernière n'est pas de nature à déclencher la mise en œuvre d'une responsabilité délictuelle précontractuelle distincte de l'abus de droit et fondée uniquement sur le manquement à l'obligation de bonne foi. Ainsi, l'existence de cette faute sera-t-elle appréciée par les juges du fond dans le cadre de l'abus de droit qu'elle sera de nature à caractériser. Le seul fondement de la responsabilité délictuelle précontractuelle est donc bien l'abus de droit.

⁹⁷ Voir en ce sens : Travaux de l'association H. Capitant sur la bonne foi, t. XLIII, 1992, spéc. Rapp. Français sur la bonne foi dans la formation du contrat par P. JOURDAIN.

⁹⁸ Voir en ce sens : J. GHESTIN, « La responsabilité délictuelle pour rupture des pourparlers », *op. cit.* p. 156.

En tout état de cause, la faute, appréciée objectivement ou moralement, renvoie aux agissements des parties. Le système de responsabilité délictuelle précontractuelle sanctionnant la rupture des pourparlers étant d'origine prétorienne, il convient à présent de nous focaliser sur le comportement des parties afin d'analyser, à la lumière de la jurisprudence, comment les juges du fond ont déterminé au fil du temps les critères de la faute.

B : Les critères de la faute

47. La notion de « croyance légitime » en la conclusion du contrat — Pour nous faire une idée sur la cohérence de la jurisprudence en matière de rupture fautive des pourparlers, il convient de se reporter aux travaux de M. de Coninck⁹⁹. Celui-ci observe en effet que la protection des juges du fond se concentre sur « *la confiance légitime suscitée par l'auteur de la rupture que le contrat serait conclu, ou aurait été conclu sans sa décision unilatérale de rompre* ». En d'autres termes, la croyance légitime du demandeur en la conclusion du contrat est érigée en condition nécessaire à toute tentative de qualification de la faute dans l'exercice unilatéral du droit de rompre les pourparlers. Quitter les négociations devient de plus en plus difficile à mesure que les discussions se multiplient avec le temps, et que la croyance des parties (ou du moins de celle qui demande la réparation de la rupture) se renforce. Pour reprendre l'expression de M. Durry¹⁰⁰ il ne faut pas « *lanterner* » l'autre négociateur en le laissant croire à la possible concrétisation de l'accord. Cette condition primordiale tenant à la croyance légitime s'apprécie à l'occasion de la rupture et plus précisément au regard des circonstances ou des motifs qui ont présidé à sa mise en œuvre.

48. Le recours au faisceau d'indices dans la démonstration de la faute — La sanction de la rupture passe nécessairement par l'appréciation d'un ensemble d'éléments de fait traduisant le comportement des parties. Au regard de la jurisprudence, ils ne se retrouveront presque jamais à l'état isolé, mais constituent le plus souvent un faisceau

⁹⁹ B. de CONINCK, *Le droit commun de la rupture des négociations contractuelles*, in M. Fontaine (dir.), « Le processus de formation du contrat, contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen », *LGDJ*, 2002, p. 15 et s.

¹⁰⁰ G. DURRY., Obs sous : Cass. com., 20 mars 1972, *RTD. Civ.* 1972, p. 780.

d'indices propres à éclairer le juge sur la nature fautive ou non de la rupture¹⁰¹. Nous appellerons cet ensemble les « critères de la faute ». C'est sur l'appréciation de leur existence que se fonderont les juges du fond qui pourront ainsi sanctionner l'exercice abusif du droit de rompre unilatéralement les pourparlers. Notre réflexion s'articulera ici autour des deux contrôles opérés par les juges du fond en matière d'abus dans le droit de rompre les pourparlers afin d'appréhender, au regard de la jurisprudence, quels sont ces les critères de la faute commise à l'occasion de la rupture. Nous verrons ainsi dans un premier temps la sanction de la faute appréciée au regard des circonstances de la rupture (1), puis, dans un second temps, la faute révélée à l'occasion des motifs de la rupture (2).

1 : La faute et les circonstances de la rupture

49. L'objectivisation de la déloyauté — Les circonstances de la rupture permettent de qualifier de déloyal le comportement de son auteur. Cette notion de déloyauté, caractéristique de la mauvaise foi, renvoie à une acception morale de la faute et présuppose de démontrer l'intention du négociateur (par essence purement subjective) à qui imputer l'échec des pourparlers. Cependant, en se basant sur plusieurs éléments de fait, les juges du fond « objectivent » cette déloyauté et définissent les critères de la faute. Ainsi, sont considérés comme inclusifs de ce faisceau d'indices d'une part le moment où la rupture est intervenue (a) et d'autre part son éventuelle brutalité (b).

a : Le moment de la rupture

50. L'avancement des pourparlers et la rupture fautive — Il existe un principe en matière de rupture des pourparlers : plus les négociations sont avancées, plus la partie à l'initiative de la rupture prend le risque de mettre en jeu sa responsabilité délictuelle précontractuelle. En effet, l'existence de « *pourparlers avancés* »¹⁰² ou de « *négociations très*

¹⁰¹ En ce sens voir : Cass. com., 18 janvier 2011, *BRDA* 2011, n° 4, inf. 5. Pour un négociateur qui avait rompu « *sans raison légitime, brutalement et unilatéralement les pourparlers avancés qu'il entretenait avec son partenaire et qui avait déjà, à sa connaissance, engagé des frais et qu'il avait maintenu dans une incertitude prolongée en lui laissant croire que l'affaire allait être conclue à son profit avait manqué aux règles de la bonne foi (...) et ainsi engagé sa responsabilité délictuelle* ».

¹⁰² Cass. com., 20 mars 1972, *Bull. civ.* 1972, IV, 1972, n° 93 ; *JCP. G* 1973, II, n° 17543.

engagées »¹⁰³ est une des causes les plus fréquentes d'engagement de la responsabilité des négociateurs. Il est assez aisé de le comprendre : les parties qui négocient dans le temps se rapprochent de plus en plus de la conclusion du contrat définitif. Il ne faudrait pas y voir cependant la matérialisation d'une obligation de contracter une fois un certain « palier » de négociation franchi, mais plutôt un contrôle du juge qui tient à s'assurer de l'absence d'un abus dans le droit de rompre. En effet, ce comportement matérialiserait la déloyauté de son auteur qui aurait entretenu chez son partenaire l'idée illusoire de la conclusion du contrat.

51. La détermination de la notion d'avancement des pourparlers — Une fois ce principe établi, il nous reste à déterminer le contenu de la notion de « pourparlers avancés ». Dans la majeure partie des cas, c'est « *une durée relativement longue qui est retenue pour circonstancier la déloyauté et donc caractériser la mauvaise foi* »¹⁰⁴. Cependant, il arrive parfois que la jurisprudence prenne en compte non pas la durée de la négociation, mais plutôt son intensité. En ce sens, il est possible d'assister à une période de négociation relativement courte dans le temps, mais très prolixie quant à son objet. Afin d'évaluer cette intensité, les juges du fond se réfèrent par exemple au « *nombre de contacts entre les parties tendant à s'accorder sur les termes du contrat définitif* »¹⁰⁵. Dans le même sens, le fait de ne pas rompre des pourparlers voués à l'échec peut sembler être constitutif d'une faute. Ainsi, une prolongation fautive au stade de la formation du contrat peut-elle être tout aussi bien sanctionnée qu'une rupture à un stade avancé de la négociation¹⁰⁶.

52. La possibilité de mettre fin aux pourparlers en cas de pourparlers embryonnaires — L'abus de droit en tant que limite à l'exercice du droit de rompre les pourparlers doit être analysé d'après la notion de déloyauté. Cette dernière procède du fait d'entretenir l'idée chez son partenaire de l'existence d'une « détermination à contracter » lors de la négociation. Or, une rupture à un stade trop avancé ou trop tardif va être de nature à la caractériser. Un « bon contractant » ne se risquerait pas à entretenir ce type de sentiment chez

¹⁰³ Cass. com., 22 avril 1997, *D.* 1998, p. 45 ; *RTD. civ.* 1997, p. 651.

¹⁰⁴ Voir en ce sens : CA Rennes, 19 avril 1992, *JCP. G* 1992, IV, 1993, n° 1520. Pour une sanction de l'auteur de la rupture sur « *la longueur, l'avancement et la complexité des pourparlers* ».

¹⁰⁵ Voir en ce sens : Cass. 1^{ère} civ., 6 janvier 1998, *Bull. civ.* 1998, I, n° 7 ; *JCP. G.* 1998, II, n° 10066, note B. Fages.

¹⁰⁶ Cass. com., 18 juin 2002, *RJDA* 2002, n° 1111 ; *RTD. civ.* 2003, p.282, obs. J. Mestre et B. Fages.

l'autre : cette confiance en un avenir radieux, ensemble sous le même « toit » du contrat. Comme le musicien, il faut jouer la juste mesure de la partition contractuelle, et savoir quand quitter la partie sans avoir fait naître l'illusion d'un jusqu'au-boutisme. En ce sens, il ne saurait être considéré comme une faute le fait de rompre des pourparlers à peine entamés. La jurisprudence ne sanctionne pas l'interruption de négociations n'ayant pas atteint un degré suffisant pour faire naître chez l'autre la conviction que le contrat serait conclu. Afin de connaître le stade de maturité des débats, il faut alors apprécier d'une part leur intensité et d'autre part s'il a été fait mention d'éléments propres à caractériser cette intention de contracter. Il s'agit notamment du prix, de la chose ou des modalités de réalisation de l'opération projetée par le contrat¹⁰⁷.

b : La brutalité de la rupture

53. La brutalité de la rupture en tant que critère de la faute — Les parties à la négociation se sont rapprochées l'une de l'autre en vue de convoler vers un objectif commun : la conclusion du contrat. Leurs rapports doivent être courtois et loyaux ; dès lors qu'il est possible de négocier avec un tiers, les négociateurs s'engagent, si ce n'est à la fidélité, à tout le moins à un respect mutuel. Que dire alors du négociateur qui, sans préavis, rompt les pourparlers, laissant l'autre victime d'un rejet brutal, seul face à ses illusions perdues quant à la conclusion du contrat ? La brutalité avec laquelle un des négociateurs quitte la négociation est donc un autre des critères de la faute plaidant pour une déloyauté manifeste. Une étude de la jurisprudence nous permet de définir à travers plusieurs exemples ce que recouvre cette notion. Il s'agit par exemple du négociateur qui va rompre des pourparlers laborieux par un « simple appel téléphonique »¹⁰⁸, ou celui qui attend « la veille de la signature du contrat pour manifester son refus »¹⁰⁹, voire celui qui refuse « tout engagement contractuel le jour même »¹¹⁰. Ce type d'attitude ne remplit pas l'exigence de loyauté que chacune des parties est

¹⁰⁷ Voir en ce sens : Cass. com., 12 janvier 1999, *RJDA* 1999, n° 371. Pour le refus de caractériser de fautif une rupture des pourparlers intervenue au stade embryonnaire au motif que « les négociations (...) étaient encore très loin d'aboutir, puisque si les parties étaient bien d'accord sur l'idée d'un partenariat, elles n'avaient encore défini ni le prix, ni les objectifs, que le plan de développement n'était pas ébauché ».

¹⁰⁸ Cass. com., 20 mars 1972, *Bull. civ.* 1972, IV, n° 73.

¹⁰⁹ Cass. 1^{ère} civ., 6 janvier 1998. *Bull. civ.* 1998, I, n° 7.

¹¹⁰ CA Paris, 16 décembre 1998, *Bull. Jolly Sociétés* 1999, p. 470.

en droit d'attendre de l'autre. On peut reprocher à ce mode de rupture un côté très cavalier voire hussard. Cependant et après analyse de la jurisprudence, il ne semble pas que la brutalité de la rupture soit une condition autonome de l'engagement de la responsabilité délictuelle précontractuelle des parties. Il faut néanmoins la prendre en considération dans l'étude des circonstances de la rupture en ce qu'elle permet de démontrer, accompagnée d'autres indications, le caractère fautif de celle-ci. Elle est un de ces éléments de fait permettant la constitution d'un faisceau d'indices propres à motiver la décision des juges du fond.

Les critères de la faute se situent donc dans une analyse de ces éléments de fait permettant de démontrer la déloyauté de la partie responsable de la rupture. Cependant, le contrôle des motifs de celle-ci permet également une sanction de la rupture, jugée abusive.

2 : La qualification fautive du motif de la rupture

54. L'appréciation des motifs de la rupture — Un certain nombre de décisions jurisprudentielles tend à démontrer que les tribunaux prennent en considération les motifs de la rupture¹¹¹. Cependant, comment admettre l'existence de ce contrôle de motivation compte tenu du principe de la liberté contractuelle dont le droit de rompre est une des manifestations premières ? Nous ne pouvons le comprendre qu'au regard de l'abus de droit dans la mesure où est apprécié l'exercice d'un droit de rupture unilatéral, c'est-à-dire l'usage qui est fait de ce droit et qui peut à lui seul fonder cette obligation de contrôle. De ce fait, l'existence d'un motif légitime viendra toujours empêcher la mise en jeu de la responsabilité de l'auteur de la rupture, alors qu'un motif illégitime ou le défaut de pertinence du motif allégué sera de nature à la mettre en œuvre.

55. La rupture motivée par l'existence de pourparlers enlisés n'est pas fautive — Dans un premier temps, il est justifié d'abandonner des négociations qui n'aboutissent pas après un temps relativement long en raison d'un blocage entre les parties. Celles-ci ne pouvant s'entendre, il est par conséquent inutile de prolonger indéfiniment les pourparlers qui ont

¹¹¹ En ce sens voir : Cass. com., 11 juillet 2000, *Contrats, conc., consom.*, 2000, n° 174.

parfois un coût relativement élevé¹¹². De la même façon, n'est pas considérée comme fautive la rupture d'une négociation résultant de l'impossibilité pour les parties de s'entendre sur les points essentiels du contrat projeté. Cette hypothèse illustre la situation dans laquelle les parties s'enlisent. Dans un tel cas, il est souhaitable que l'une d'entre elles décide de quitter le processus précontractuel¹¹³. Pour la cession de l'immeuble projetée dans le cadre de la procédure de data-room et comme dans toute vente, un désaccord sur la chose et le prix, éléments essentiels de la transaction, emporterait l'impossibilité de se projeter dans le cadre d'un accord définitif. La rupture motivée par une contradiction portant sur ces termes traduit son caractère non fautif¹¹⁴. Cela est parfois le cas lorsqu'à la fin de la période d'audit des éléments présents en data-room, le prix proposé par le candidat-acquéreur est inférieur à celui attendu par le vendeur. Il faudra alors constater l'impossibilité d'une entente et dans ce cas il est de la nature même des pourparlers de permettre à une partie de quitter les négociations sans risquer d'engager sa responsabilité. De la même façon et toujours en phase d'audit, lorsque le vendeur ne peut satisfaire à des demandes techniques émanant d'un candidat acquéreur (demandes légitimes au regard de la phase des pourparlers telles que la communication d'une documentation spécifique) il est admis que celui-ci puisse rompre les négociations¹¹⁵ sans voir sa responsabilité engagée.

56. La rupture d'une négociation aléatoire n'est pas constitutive d'une faute

— Lors de la phase des pourparlers, il se peut que toute l'opération future soit conditionnée par la réalisation d'un évènement extérieur. Ce peut être, dans le cadre de notre procédure,

¹¹² Voir en ce sens : Cass. 2^{ème} civ., 5 janvier 1994, n° 92-13.856, *inédit*. La Cour de cassation a admis dans le cas d'espèce à propos d'une société « *qu'en interrompant des négociations qui n'aboutissaient pas après plusieurs mois (la société) (...) ne s'était pas rendue coupable d'une brusque rupture* ».

¹¹³ Cass. com., 9 mars 1999, *Bull. civ.*, 1999, IV, n° 54. Pour l'illustration de la rupture non fautive d'une des parties qui abandonne les négociations en raison de l'impossibilité de s'entendre sur les termes essentiels du contrat projeté.

¹¹⁴ Voir en ce sens : Cass. 3^{ème} civ., 22 mai 1996, n° 94-13.501, *inédit*, pour l'absence d'entente entre les parties sur la chose, objet du futur contrat ; Cass. 3^{ème} civ., 6 mai 1996, n° 94-13.745, *inédit*, pour l'absence d'entente des parties sur le prix.

¹¹⁵ Cass. com., 7 mars 2006, n° 04-17.177, *inédit*. Illustrant la légitimité de la rupture et son absence de caractère fautif lorsque le vendeur n'est pas en mesure de satisfaire à des exigences légitimes normales permettant à l'autre partie d'apprécier sereinement un engagement contractuel.

l'obtention d'une autorisation administrative¹¹⁶ conférant à l'immeuble une liquidité suffisante pour être cédé. Comme le relèvent les juges du fond, il se peut que des négociations, même poussées à un stade avancé, soient soumises à l'aléa de la réalisation de cette condition extérieure qui, en cas de défaut, justifie la rupture. Il ne faut cependant pas confondre cette condition avec celle qui pourra plus tard être contractualisée dans le cadre de la promesse. Ici, il s'agit plutôt d'un risque accepté par les parties au stade des pourparlers, rendant légitime la fin des négociations.

57. La rupture des négociations pour motif économique n'est pas constitutive d'une faute — Les justifications économiques mises en avant par la partie à l'origine de la rupture sont soumises à l'appréciation des tribunaux qui peuvent les utiliser pour donner un caractère légitime à la rupture et écarter ainsi tout engagement de responsabilité, quand bien même les pourparlers seraient à un stade avancé. Prenons pour exemple les informations dont l'une des parties dispose concernant la santé financière de l'autre¹¹⁷. Il s'agira surtout de la découverte d'éléments pertinents sur la situation de l'immeuble cible, au stade de la détermination du prix lors de la phase d'audit. En effet, la data-room est mise à la disposition du candidat-acquéreur dans l'optique d'effectuer un transfert de risque¹¹⁸ d'une part et de lui permettre de déterminer la valeur de l'immeuble d'autre part. Nous pouvons alors penser, à titre d'exemple, que la découverte d'une situation locative particulièrement défavorable et contraire à celle envisagée en début d'opération (avant l'analyse de la data-room) permettrait au candidat-acquéreur de se retirer des pourparlers sans mettre en jeu sa responsabilité délictuelle précontractuelle. De la même façon, la survenance d'un élément économique nouveau durant la négociation justifie le caractère légitime de la rupture¹¹⁹. Nous pourrions notamment prendre comme exemple le congé donné par un ou plusieurs locataires de l'immeuble durant les pourparlers et qui viendrait directement obérer la valeur d'acquisition,

¹¹⁶ On peut citer à titre d'exemple l'obtention d'une régularisation de la surface de vente délivrée par la Préfecture en cours de procédure.

¹¹⁷ Voir en ce sens : CA Paris, 13 septembre 2007, *RTD. civ.* 2008, p. 101.

modifiant ainsi sensiblement l'opération notamment en matière de traitement du risque lié à la vacance locative.

Après avoir apprécié les conditions d'engagement de la responsabilité délictuelle précontractuelle au regard de la rupture abusive des pourparlers, il nous faut à présent en déterminer les conditions de mise en œuvre sur le fondement de la notion de « bonne foi ».

II : La bonne foi, seconde cause d'engagement de la responsabilité délictuelle précontractuelle

58. La bonne foi, une notion polysémique — Les divers projets de réforme du droit des contrats (*Catala*¹²⁰, *Chancellerie*¹²¹, *Terré*¹²²) ont relevé l'existence de deux points de discordance au sein de la doctrine. Le premier tient au rôle dévolu à la cause et le second se rapporte à la consécration des principes directeurs du contrat. Depuis une trentaine d'années, l'exigence de bonne foi dans le cadre des relations contractuelles a connu un développement considérable en droit français, sans pour autant avoir fait l'objet d'une intervention législative. À partir des années 1970, la redécouverte de l'article 1134 alinéa 3 appliqué à l'exécution du contrat a constitué un élément central de ses effets. La Cour de cassation n'a pas hésité à étendre les résultats de cette disposition à la période de formation des conventions, sans toutefois ériger la bonne foi en un principe général¹²³.

L'expression de « bonne foi », qui traduit la notion de *bona fides* romaine, est parfois concurrencée par l'utilisation d'autres vocables tels que « loyauté ». L'emploi du singulier pour parler de la « bonne foi » pose intrinsèquement problème. Cette expression est

¹²⁰ P. CATALA, *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, La documentation Française, Paris, 2005.

¹²¹ *Projet de réforme du droit des contrats*, Ministère de la Justice, La documentation française, Paris 2008.

¹²² Voir notamment : F. TERRÉ, *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2008 ; F. Terré (dir.), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2011.

¹²³ Le projet de réforme du droit des contrats, émanant de la Chancellerie, prévoit cependant de faire apparaître l'exigence de bonne foi comme un « principe directeur » du droit des contrats au même titre que la liberté contractuelle et la force obligatoire. Voir en ce sens : D. MAZEAUD, « la réforme du droit français des contrats », *RJT* 2010, n° 243.

polysémique et son usage, au-delà de la matière contractuelle, renvoie à plusieurs acceptions. Utilisée dans le cadre spécifique du mariage ou de l'usucapion, elle est comprise sous un angle statique, corrélée à l'ignorance légitime d'un fait. Elle poursuit un objectif de protection de l'ignorant dès lors qu'il ne résulte pas de faute de sa méconnaissance. Compris sous une acception dynamique, « être de bonne foi » consiste pour les parties à respecter l'esprit du contrat sans s'y attacher à la lettre. Il ne s'agit plus d'être passif, mais de viser une collaboration entre les parties en sanctionnant la mauvaise foi. Cette sanction recoupe alors celle de l'abus de prérogatives contractuelles ou de l'abus de comportement.

59. La bonne foi, obligation contractuelle ou devoir de comportement ? — La bonne foi, perçue à travers le prisme du droit des contrats, serait à l'origine une obligation de comportement dont sont tributaires les parties, et ce, de la même manière que l'obligation économique est sujette à bien des hésitations tant jurisprudentielles que doctrinales. S'agit-il simplement d'une obligation contractuelle ? Ou doit-elle être considérée comme un devoir de comportement influant sur les rapports des parties avant, pendant, et après le contrat, et sanctionnée à ce titre comme une faute délictuelle ? Il conviendra dans un premier temps de répondre à cette question et ce faisant de déterminer le régime de responsabilité dont procède la bonne foi telle qu'appréhendée dans le cadre de la procédure de data-room (**A**). Par la suite, il nous faudra analyser les obligations qui en résultent pour les parties lorsqu'un tel processus de cession est mis en place, dès lors que leur non-exécution est susceptible d'être un facteur de risque en considération du risque d'engagement de leur responsabilité (**B**).

A : Le régime de la bonne foi

60. La détermination du régime de responsabilité dont relève la bonne foi — Durant la période de formation du contrat, les négociateurs sont tenus au respect d'un devoir de comportement général procédant de la bonne foi et dont la méconnaissance les expose à l'engagement de leur responsabilité délictuelle précontractuelle (**1**). Néanmoins, si le terrain de la responsabilité délictuelle peut sembler de prime abord évident pour sanctionner un tel manquement, les juges rattachent parfois cette faute au domaine de la responsabilité contractuelle dès lors qu'elle n'a pas empêché la signature de l'accord définitif (**2**).

1 : La reconnaissance progressive de l'autonomie de la bonne foi

61. L'émergence de la bonne foi sur le terrain du dol — Originellement, les premières condamnations se référant à la bonne foi au stade de la formation du contrat furent prononcées sur le terrain du dol, dont le domaine a été étendu à celui de la réticence dolosive afin de permettre l'intégration de cette notion. Pour être caractérisée, cette réticence nécessitait d'établir au préalable l'existence d'une obligation de renseignement à la charge de la partie qui s'était tue intentionnellement en vue de tromper l'autre négociateur, alors qu'elle était tenue de l'informer. Dans le courant des années 1980, la notion de bonne foi apparut dans la motivation des arrêts rendus. Le devoir de comportement qu'elle générait vint alors inspirer des condamnations pour dol par réticence jusqu'à en devenir le fondement.

La jurisprudence a formalisé le lien que l'obligation d'information précontractuelle induisait entre le dol et la bonne foi, en retenant certains arrêts au visa des articles 1116 et 1134 alinéa 3 du Code civil. La Cour de cassation se contenta dans un premier temps de considérer que la réticence dolosive était constitutive d'un manquement à l'obligation de bonne foi¹²⁴ sur le fondement de l'article 1134 alinéa 3 du code précité. Puis, elle fit résulter du dol un manquement au devoir de loyauté¹²⁵. Ce faisant, elle concéda au devoir de contracter de bonne foi une certaine autonomie dont la conséquence fut la dénaturation du dol par réticence. Ce dernier tendit à devenir davantage la sanction d'une déloyauté que l'altération du consentement d'une des parties¹²⁶.

¹²⁴ Cass. com., 8 novembre 1983, *Bull. civ.* 1983, n° 298. En l'espèce, méconnaît les dispositions de l'article 1134 alinéa 3 la Cour d'appel qui déboute des cautions de leur action en nullité pour dol, sans avoir recherché si leur bénéficiaire qui savait que la situation du débiteur principal était irrémédiablement compromise, n'avait pas commis une réticence dolosive en ne révélant pas cette situation aux cautions, et n'avait pas de ce fait manqué à son obligation de contracter de bonne foi.

¹²⁵ Cass. 1^{ère} civ., 10 mai 1989, *Bull. civ.* 1989, n° 187. « *Manque à son obligation de contracter de bonne foi et commet ainsi un dol par réticence la banque qui, sachant que la situation de son débiteur est irrémédiablement compromise ou à tout le moins lourdement obérée, omet de porter cette information à la connaissance de la caution l'incitant ainsi à s'engager* ».

¹²⁶ Voir en ce sens : Cass. 3^{ème} civ., 21 février 2001, *Bull. civ.* 2001, n° 20. Pour débouter l'acheteur de sa demande en nullité fondée sur le dol, la Cour retient « *qu'il avait une obligation particulière de se renseigner lui-même compte tenu du caractère professionnel de l'opération et que des vérifications élémentaires auprès des cédants lui auraient révélé l'exacte situation administrative de l'établissement* ».

62. La reconnaissance autonome de la bonne foi sur le terrain de la responsabilité délictuelle — L'autonomie de l'obligation de contracter de bonne foi a progressivement été reconnue par la jurisprudence qui a abandonné le recours au dol. La Cour de cassation a ainsi affirmé l'existence de cette obligation pour en déduire une obligation précontractuelle de renseignement. De ce fait, peu importe qu'aient été relevées des manœuvres susceptibles de caractériser le dol durant la phase précontractuelle, dès lors que le devoir de contracter de bonne foi pris isolément imposait de donner à l'autre partie un certain nombre d'informations. C'est ce qu'illustre l'arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation en date du 16 mai 1995¹²⁷. L'abandon de la référence au dol vint assouplir de façon considérable les conditions d'engagement de la responsabilité des parties et illustra l'importance accrue de la bonne foi dans le processus de formation du contrat, basé sur la confiance. Durant la phase précontractuelle, chacune des parties était ainsi débitrice envers l'autre d'une obligation d'information. À ce titre, une exigence de transparence pesait sur les parties qui devaient s'informer mutuellement de tous les éléments propres à éclairer leur consentement.

Par la suite et dans un arrêt en date du 15 mars 2005¹²⁸, la première chambre civile de la Cour de cassation a sanctionné la méconnaissance par l'un des négociateurs de son obligation de contracter de bonne foi sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, en accord avec la pratique des juridictions du fond. La référence classique à l'article 1134 alinéa 3 a donc été abandonnée, l'appréciation du manquement à l'obligation de contracter de bonne foi quittant alors la sphère du contrat pour se positionner de façon autonome sous l'égide de la responsabilité délictuelle. Dès lors, la motivation de la Cour de cassation doit être comprise comme résultant de la volonté d'ériger la bonne foi en norme générale de comportement s'imposant aux parties lors de la négociation et ne requérant pas la qualité de contractant. Ainsi, l'exigence de bonne foi ne naît-elle pas du contrat, mais présuppose-t-elle un comportement qui lui est conforme au stade de la préparation, de l'exécution et de l'extinction de la convention. Au terme de cet arrêt, la Cour semble reconnaître l'existence d'un principe

¹²⁷ Cass. 1^{ère} civ., 16 mai 1995, n° 9220976, *inédit*. Pour le cas du créancier ayant contracté avec la caution de mauvaise foi, la Cour approuve le raisonnement des juges du fond ayant constaté que celle-ci « *savait la situation de son débiteur irrémédiablement compromise et qu'il avait laissé Mme A. dans l'ignorance de la situation d'insolvabilité totale de M. B., en ont déduit qu'il avait ainsi manqué à son obligation de contracter de bonne foi* ».

¹²⁸ Cass. 1^{ère} civ., 15 mars 2005, *Bull. civ.* 2005, I, n° 136.

général de bonne foi dans la phase préparatoire du contrat et fondé sur l'article 1382 du Code civil. Matérialisée par un devoir de loyauté appréciée de façon autonome, sa méconnaissance est de nature à engendrer la mise en jeu de la responsabilité précontractuelle de l'auteur lors de la rupture.

2 : L'incidence de la validité de l'accord final sur la détermination du régime de responsabilité applicable

63. Une responsabilité tantôt délictuelle, tantôt contractuelle selon que le manquement à la bonne foi a ou non empêché la signature de l'accord définitif — Afin d'appréhender la problématique inhérente à la nature de la responsabilité précontractuelle mise en œuvre sur le fondement de la bonne foi, il convient de se reporter à l'étude faite par M. Ancel à l'occasion de la conférence donnée à l'Université de Montréal en date du 11 mars 2010¹²⁹. Pour cet auteur, la nature de cette responsabilité doit être analysée en fonction de son incidence sur la validité du contrat. Ainsi, celle-ci peut-elle être différente selon que le manquement a empêché **(a)** ou non **(b)** la signature de l'accord définitif.

a : Une responsabilité de nature délictuelle en cas de manquement à la bonne foi empêchant la signature de l'accord définitif

64. Du manquement à la bonne foi et de la responsabilité délictuelle — Le manquement par l'un des négociateurs à l'une de ses obligations procédant de la bonne foi dans le cadre de la relation précontractuelle relève du droit commun de la responsabilité civile délictuelle dès lors que ce manquement a empêché la formation du contrat. Cette position se retrouve dans les différents projets et avant-projets français et européens de droit des contrats. L'article 1104 du rapport CATALA dispose en ce sens que « *l'initiative, le déroulement et la rupture des pourparlers sont libres, mais ils doivent satisfaire aux exigences de la bonne foi. L'échec d'une négociation ne peut être source de responsabilité que s'il est imputable à la mauvaise foi ou à la faute de l'une des parties* »¹³⁰. Dans le même sens, l'article 2 : 301 des

¹²⁹ P. ANCEL, *Mélanges en hommage à Daniel Tricot*, Paris, Dalloz-Sirey/Litec, 2011, p. 61 et s.

¹³⁰ Voir : P. CATALA, *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, La documentation Française, Paris, 2005.

principes de droit européen des contrats élaborés par la commission LANDO, l'article 2:1:15 des principes UNIDROIT ainsi que l'article 20 du projet de réforme diffusé par la Chancellerie retiennent la nature délictuelle de la responsabilité encourue par celui qui commet un manquement à la bonne foi lors de la phase des pourparlers.

b : Une responsabilité de nature contractuelle en cas de manquement à la bonne foi empêchant la signature de l'accord

65. Du manquement à la bonne foi et de la responsabilité contractuelle — Il est possible que le manquement à la bonne foi interfère avec la théorie des vices du consentement. Depuis les années 1980, la Cour de cassation rattache l'exigence de bonne foi au stade de la formation du contrat à l'obligation pesant sur le banquier d'informer la caution sur la situation du débiteur principal. Elle caractérise ce faisant le dol par réticence, entraînant la nullité du contrat en cas de non-délivrance de cette information. À travers cette jurisprudence, la Cour a étendu l'application de l'article 1143 alinéa 3 au-delà de son champ initial¹³¹. Cependant, la nullité du contrat dont il est question n'est pas la conséquence directe du manquement à la bonne foi, laquelle ne sert *in fine* qu'à caractériser la réticence dolosive justifiable au titre de l'article 1116 du Code civil. La haute juridiction n'est pas allée jusqu'à faire du manquement à la bonne foi une cause générale de nullité du contrat qui viendrait en quelque sorte « doubler » les trois vices du consentement que sont l'erreur, la violence et le dol. Jusqu'à présent, la seule sanction directe de la violation du devoir de bonne foi réside dans la mise en œuvre de la responsabilité civile à laquelle peut s'adjoindre la nullité du contrat. Dans le cas où le contrat, conclu malgré le manquement de l'un des négociateurs à son devoir de bonne foi, n'est pas annulé, la jurisprudence admet très nettement la responsabilité contractuelle de son auteur en vue de justifier l'octroi de dommages-intérêts. Elle traite ainsi la bonne foi comme mettant à la charge des parties de véritables obligations liées au contrat. Nous pouvons ainsi l'observer

¹³¹ La première mention de « l'obligation de contracter de bonne foi » semble se trouver dans l'arrêt suivant : Cass. 1^{ère} civ., 21 janvier 1981, *Bull. civ.* 1981, I, n° 25. Le rattachement à l'article 1134 al. 3 apparaît dans l'arrêt suivant : Cass. com., 8 novembre 1983, *Bull. civ.* 1983, IV, n° 298.

pour les manquements aux obligations de conseil ou de renseignement lorsqu'ils ont eu pour résultat d'aboutir à la conclusion d'un contrat inadapté ou inopportun¹³².

Cette tendance se constate plus nettement encore au regard de l'obligation de « mise en garde » que la Cour de cassation fait désormais peser sur les établissements de crédit à l'égard des emprunteurs ou des cautions peu solvables, sanctionnés non plus au titre de l'article 1382, mais de l'article 1147 du code précité¹³³. Même si la faute sanctionnée se situe dans une phase où le contrat n'a pas encore été conclu, elle intervient dans la relation entre deux négociateurs qui ne sont pas des étrangers l'un envers l'autre. Ainsi, semble-t-il manifeste que dès lors que le contrat est conclu à la suite d'un manquement à l'obligation de bonne foi lors de la négociation, la responsabilité ne peut être que contractuelle.

B : Les obligations spécifiques résultant de la bonne foi

66. Les obligations de confidentialité et d'information — Au stade de la formation du contrat, la bonne foi impose aux parties un devoir général de comportement se traduisant par des attitudes positives comme la cohérence, le sérieux ou encore la discrétion. Elle met à leur charge des obligations spécifiques telles que l'information ou la confidentialité, qui pourront être sanctionnées le cas échéant sur le terrain de la responsabilité délictuelle. Lors de la procédure de data-room, ces deux obligations doivent attirer tout particulièrement notre attention. Elles s'inscrivent en effet dans la logique même de la procédure, dont la vocation est de permettre la transmission par le vendeur d'un ensemble de données aidant les candidats-acquéreurs à apprécier les risques opérationnels tenant à l'acquisition de l'immeuble et permettant de fixer un prix d'acquisition en considération de ceux-ci. Ces informations, pour certaines hautement confidentielles, doivent être protégées pour éviter leur divulgation en hors du cadre restreint de la procédure.

En dehors de toute contractualisation des pourparlers, la méconnaissance de la confidentialité de l'information ou son défaut de communication seront susceptibles d'entraîner l'engagement de la responsabilité délictuelle précontractuelle de son auteur, dès

¹³² Voir en ce sens pour l'obligation de conseil du banquier : Cass. 1^{ère} civ., 22 janvier 2009, *Bull. civ.* 2009, n° 7 ; Cass. com., 8 avril 2008, *Bull. civ.* 2008, IV, n° 77.

¹³³ Voir en ce sens pour l'existence d'un devoir de mise en garde : Cass. 1^{ère} civ., 19 novembre 2009, *Bul. civ.* 2009, I, n° 231.

lors qu'il en résultera une impossibilité de conclure l'accord définitif. Cependant, le respect de ces obligations lors de la négociation de la cession de l'immeuble revêt pour les parties une importance telle qu'elles les contractualiseront par le biais d'accords spécifiques que sont les lettres d'intention et de confidentialité. Notre travail se cantonnera donc à présenter succinctement ces deux obligations procédant de la bonne foi, à savoir d'une part l'obligation de confidentialité (1) et d'autre part celle d'information (2), lesquelles donneront lieu par la suite à une analyse sur le terrain de la responsabilité contractuelle.

1 : L'obligation de confidentialité

67. Le contenu de l'obligation de confidentialité — Le secret qui entoure souvent l'opération de cession impose la confidentialité, tant sur le principe même de la mise en place de la procédure que sur toute la documentation transmise par le vendeur aux candidats-acquéreurs à cette occasion. En dehors de toute contractualisation des pourparlers, l'obligation de confidentialité procédant de la bonne foi s'impose aux parties. Fondée sur l'article 1382 du Code civil, elle permet de sanctionner les agissements du négociateur qui les divulguerait ou les utiliserait en dehors du cadre strict des négociations. La sanction délictuelle de ce manquement consiste en un octroi de dommages-intérêts par les juges du fond.

2 : L'obligation d'information

68. Le contenu de l'obligation d'information — Les candidats-acquéreurs vont utiliser les informations transmises par le vendeur tout au long de la procédure. Elles vont leur permettre d'apprécier l'ensemble des risques opérationnels liés à l'opération d'acquisition et effectuer la valorisation de l'immeuble en les intégrant dans le modèle économique d'acquisition. Il appartient alors au vendeur de leur communiquer toutes les informations qu'il détient sur l'immeuble dès lors que celles-ci influent sur son prix et ne sont pas quérables par leurs propres moyens. Dans le cas où le vendeur s'abstiendrait et manquerait à ce devoir d'information, au nom de la bonne foi, il s'exposerait à une sanction sur le fondement de l'article 1382 du Code civil et au paiement de dommages-intérêts. De plus, la communication de la documentation dans le cadre de ce processus relève d'un mécanisme spécifique par la constitution d'une data-room.

69. La nécessaire contractualisation de la bonne foi — Lors de la phase de pourparlers inhérente à la procédure de data-room, les obligations d'information et de confidentialité sont d'une importance telle que les parties préfèrent les contractualiser plutôt que de les laisser sous la dépendance de la responsabilité délictuelle. Un ensemble de documents préparatoires vont être échangés entre les négociateurs en ce sens, et faire basculer la méconnaissance de ces obligations d'information et de confidentialité sur le terrain de la responsabilité contractuelle. En effet, bien qu'elles soient protégées par la responsabilité délictuelle précontractuelle à travers la notion de bonne foi celle-ci ne précise pas spécifiquement l'étendue de chacune de ces obligations. Initiée par la jurisprudence, l'application de la bonne foi lors de la période précontractuelle ne permet pas aux parties de se fonder sur un texte spécifique délimitant précisément le contenu de leurs engagements. Au regard de l'importance économique de l'opération, il est plus sécurisant pour les négociateurs de contractualiser les exigences mises à la charge des parties par la notion de bonne foi afin de délimiter avec précision leur périmètre.

Après avoir analysé le régime de la responsabilité délictuelle précontractuelle, il nous reste à apprécier sa mise en œuvre lors des pourparlers engagés dans le cadre de la procédure de data-room.

§II : La mise en œuvre de la responsabilité délictuelle précontractuelle lors de la procédure de data-room

70. L'évaluation du risque juridique procédant de l'engagement de la responsabilité délictuelle — Après avoir identifié le régime de la responsabilité délictuelle précontractuelle, il nous faut à présent étudier ses conditions de mise en œuvre dans le cadre spécifique de la procédure de data-room afin de délimiter le niveau de risque réel auquel s'exposent les négociateurs. Il est à préciser, de façon liminaire, que nous ne traiterons de cette responsabilité civile délictuelle qu'en référence à la rupture des pourparlers. En effet, les obligations de confidentialité et d'information procédant de la bonne foi seront étudiées sous une dimension contractuelle dès lors que les parties, en les contractualisant par le biais de conventions spécifiques (lettres de confidentialité et d'intention) prévoient tant leur contenu que leur champ d'application.

Partant, nous analyserons dans le présent développement et au regard de la procédure de data-room, comment les parties sont susceptibles d'engager leur responsabilité délictuelle précontractuelle par la commission d'une faute à l'occasion de la rupture. En effet, nous avons pu démontrer précédemment que ce risque juridique était réel, du moins sur plan théorique. Il nous faut à présent apprécier ses conditions de mise en œuvre et voir, au regard de la pratique, si la nature particulière de ce mode de vente n'est pas de nature à s'opposer à l'engagement d'une telle responsabilité (I). Une fois ce problème résolu, apportant aux parties une réponse opérationnelle visant à circonscrire ce risque, il nous faudra évaluer son étendue réelle au regard de la sanction prévue en cas de rupture abusive des pourparlers (II).

I : L'évaluation du risque juridique en fonction des conditions d'application de la responsabilité délictuelle précontractuelle

71. La croyance légitime et le moment de la rupture — Deux éléments propres à la négociation initiée dans le cadre de la procédure de data-room vont directement inférer sur l'éventuelle mise en œuvre de la responsabilité délictuelle précontractuelle. Le premier est inhérent à la notion de croyance légitime en la possible conclusion du contrat venant de la partie qui a subi la rupture. Il nous faudra analyser les conséquences de la nature concurrentielle et donc multipartite de la procédure au regard de cette notion de croyance légitime, condition primordiale permettant de qualifier l'abus dans le droit de rompre (A). Le second élément est fonction du moment de la négociation auquel la rupture est survenue. Dans cette perspective, il nous faudra construire notre réflexion en prenant pour point d'assise les périodes antérieure et postérieure d'entrée en data-room des candidats-acquéreurs (B).

A : La notion de croyance légitime : premier obstacle à la mise en œuvre de la responsabilité délictuelle précontractuelle

72. La logique concurrentielle de la procédure s'oppose à la démonstration de la croyance légitime — La croyance légitime de la victime de la rupture en la réalisation de l'opération contractuelle est la condition primordiale permettant l'engagement de la responsabilité délictuelle précontractuelle fondée sur l'abus de droit. Or, la multiplicité des

investisseurs à qui le vendeur propose l'opération vient s'opposer frontalement à la démonstration de la croyance légitime que l'un d'entre eux pouvait avoir en la possibilité de réaliser l'opération au détriment des autres négociateurs. En acceptant d'être candidats, toutes les parties à l'acquisition acceptent l'aléa tenant au choix discrétionnaire du vendeur d'exclusion des négociations, et ce, tant dans la phase précédant l'entrée en data-room que postérieurement à celle-ci.

À notre sens, cette acceptation rend toute démonstration de croyance légitime impossible pour les candidats-acquéreurs, puisqu'intrinsèquement la procédure de data-room comporte le risque de ce choix discrétionnairement reconnu au vendeur. Ainsi, en acceptant de se soumettre à cette logique concurrentielle, les candidats potentiels à l'acquisition renoncent-ils implicitement à pouvoir engager la responsabilité délictuelle du vendeur en cas d'échec de la négociation. En effet, ceux-ci ne pourront jamais démontrer qu'ils étaient plus fondés qu'un autre à croire en la conclusion du contrat final.

Dans le même ordre d'idée, il n'est pas possible pour le vendeur de chercher à mettre en œuvre la responsabilité délictuelle de l'un des candidats lorsque celui-ci est amené à rompre les pourparlers avant la remise des offres, tant préliminaire (antérieurement à l'entrée en data-room) que définitive (c'est-à-dire une fois entré en data-room). En effet, comment pourrait-il justifier qu'il avait la croyance légitime de conclure avec lui en priorité sans pour autant fausser le jeu concurrentiel inhérent à la procédure de data-room ? Cela reviendrait à dire qu'il savait à l'avance avec quel candidat-acquéreur il allait finaliser l'opération, impliquant qu'il aurait laissé les autres candidats mener inutilement des pourparlers coûteux au regard de l'importance des audits diligentés.

73. Le recours à l'exclusivité et la démonstration de l'existence de la croyance légitime — Parce que le vendeur n'entend pas recourir à une mise en concurrence de plusieurs candidats-acquéreurs, il peut ne présenter l'opération qu'à un seul investisseur. Cette démarche, qui n'est pas rare dans la pratique, procède souvent des relations d'affaires que les professionnels de l'investissement immobilier entretiennent les uns avec les autres. De surcroît, un investisseur peut demander l'exclusivité de l'opération à la partie venderesse pour éviter d'avoir à se confronter à une logique concurrentielle. À la clôture de la data-room, il sera ainsi sûr d'être retenu pour la phase contractuelle de la procédure si l'offre qu'il adresse au vendeur est satisfaisante.

Cette absence de mise en concurrence induit une démonstration de l'existence d'une croyance légitime en la réalisation de l'opération de cession et repositionne la responsabilité délictuelle précontractuelle des parties sur le terrain du droit commun. En effet, si le vendeur n'avait pas la conviction de pouvoir mener à bien la cession de son immeuble avec ce partenaire, il en aurait choisi un autre ou encore en aurait positionné plusieurs en concurrence. De la même manière, l'acquéreur n'aurait pas demandé qu'une exclusivité lui soit consentie s'il n'entretenait pas une croyance légitime tenant au succès de la réalisation de l'acquisition projetée.

En ce sens, nous pourrions dire qu'il existe une présomption d'absence de croyance légitime lorsque la procédure de data-room est multipartite et met en concurrence des négociateurs acceptant l'aléa tenant au choix discrétionnaire du vendeur. *A contrario*, la relation bipartite laisserait une possibilité pour la victime de la rupture de démontrer l'existence d'une croyance légitime. Elle illustre la conviction renforcée des parties de pouvoir conclure l'une avec l'autre, conviction que dénote le renoncement commun à la logique de mise en concurrence présidant normalement à la mise en œuvre de la procédure de data-room. Partant, il nous reste à analyser l'incidence du moment de la rupture en considération des deux phases distinctes de la négociation.

B : Le moment de la rupture, deuxième obstacle à la mise en œuvre de la responsabilité délictuelle précontractuelle

74. La mise en œuvre de la responsabilité délictuelle antérieurement et postérieurement à l'entrée du candidat-acquéreur en data-room — Dès lors que la condition initiale tenant à la croyance légitime (dont se prévaut la partie s'estimant lésée par la rupture) peut être démontrée au regard d'une procédure de data-room mise en œuvre dans le cadre d'une relation bipartite, la responsabilité de son auteur pourra être engagée sur le fondement de l'abus de droit. Néanmoins, s'il est théoriquement possible d'effectuer une telle recherche de responsabilité, il faudra dans la pratique se référer au moment de la négociation durant lequel la rupture est survenue, à savoir avant **(1)** ou après **(2)** l'entrée du candidat-acquéreur en data-room.

1 : La relation précontractuelle antérieure à l'entrée en data-room

75. La rupture des pourparlers intervenue antérieurement à l'entrée en data-room est assimilable à celle de pourparlers embryonnaires — Avant le début de l'audit diligenté par le candidat à l'acquisition, peut-on considérer que les parties entretiennent une véritable croyance légitime quant à la possibilité de réaliser la vente de l'immeuble ? En effet, elles n'en connaissent que les aspects superficiels : sur la base de la lettre d'offre, le vendeur n'a qu'un prix indicatif communiqué par l'acquéreur ; indicatif, car il est émis sous réserve de l'audit à venir. De la même façon, l'acquéreur n'a pas encore connaissance de toutes les composantes de l'immeuble ; par ailleurs, il n'a pas encore été fait mention entre les parties des modalités de l'opération. Il faut que les pourparlers aient atteint un certain stade d'avancement pour que la croyance légitime tenant à la réalisation probable de l'opération se manifeste, ce qui n'est pas le cas à ce stade de la procédure de data-room.

La jurisprudence ne sanctionne pas la rupture de négociation embryonnaire. Or, c'est bien ce qualificatif qu'il convient d'employer pour la phase préparatoire durant laquelle les parties prévoient surtout, par le biais d'une contractualisation des pourparlers, le déroulement de la phase d'audit réalisée en fonction de la data-room mise à disposition par le vendeur. À notre sens, son ouverture marque véritablement l'entrée des parties dans la négociation. Par l'ampleur des audits initiés ainsi que par la persistance et la fréquence des rapports entre les négociateurs, celle-ci permet de retenir le degré d'intensité nécessaire à la qualification de « pourparlers avancés ». L'entrée des parties en data-room et la phase d'audit qui en résulte permettent, de par la démonstration du caractère avancé de la relation précontractuelle, de mettre en œuvre leur responsabilité délictuelle dans le cas d'une rupture survenue de façon abusive.

2 : La relation précontractuelle postérieure à l'entrée en data-room

76. La rupture du fait du vendeur — Ce qui va être reproché au vendeur en l'espèce n'est pas de refuser l'offre qui lui est transmise à la fin de la période d'audit réalisée par le candidat-acquéreur ; mais plutôt le fait de l'avoir entretenu dans la conviction que cette opération serait réalisée. Il résulte de la nature même de la procédure que les parties puissent ne pas conclure dès lors qu'elles ne parviennent pas à trouver un terrain d'entente commun.

Cependant, il pourra toujours être reproché au vendeur d'avoir laissé la procédure arriver à son terme et, ainsi, d'avoir fait engager à son partenaire des frais indus tout en l'entretenant dans l'illusion du contrat. L'engagement de la responsabilité délictuelle relevant en la matière de l'abus de droit, il faudra que l'acquéreur démontre l'existence d'une faute caractérisant la déloyauté de l'autre partie. Elle pourra être recherchée dans différents éléments de fait comme la rupture tardive des pourparlers ou sa brutalité. Un contrôle des motifs de la rupture pourra être mis en œuvre par les juges du fond; il appartiendra alors au vendeur de démontrer d'une part l'existence d'un motif et d'autre part son caractère légitime.

77. La rupture du fait de l'acquéreur — Il est plus facile pour l'acquéreur de rompre les pourparlers sans risquer d'engager sa responsabilité délictuelle précontractuelle à ce stade de l'opération. En effet, il est toujours possible de rompre en invoquant un motif légitime qui s'oppose *de facto* à toute démonstration d'une faute commise dans la rupture. Or, la découverte de nouveaux éléments, modifiant alors la nature économique de l'opération, est à même d'être considérée comme légitimant un abandon de la relation précontractuelle. L'absence de transmission d'éléments spécifiques à l'immeuble par le vendeur (comme un rapport environnemental, une autorisation de construire ou d'exploiter, un bail) est également de nature à motiver une rupture sans qu'elle soit entachée d'une faute.

78. Les éléments intrinsèques et extrinsèques s'opposant à l'engagement de la responsabilité délictuelle précontractuelle — Il apparaît que la responsabilité délictuelle précontractuelle des parties, est très rarement engagée. La nature spécifique de ce processus de vente s'oppose (du moins lorsqu'il est considéré sous un angle multipartite) à la reconnaissance de la croyance légitime et donc à la démonstration d'un abus dans le droit de rompre unilatéralement les pourparlers. Ainsi n'est-il pas possible de démontrer l'abus de droit en l'absence de cette condition primordiale. Dans le cas où la procédure est bipartite en raison d'une exclusivité, il faut aller chercher l'explication de cette absence de litige porté devant les juges du fond au visa de l'article 1382 du Code civil dans la contractualisation des rapports précontractuels mis en place par les parties. En effet, ils sanctionnent sur le terrain du contrat le non-respect d'obligations spécifiques telles que l'obligation d'information ou celle de confidentialité, faisant ainsi sortir ces dernières du champ d'application de la responsabilité délictuelle.

Il nous reste à présent à délimiter l'étendue de la sanction qui accompagne la rupture fautive de la relation précontractuelle. Ce n'est qu'au regard de celle-ci qu'il est véritablement possible d'apprécier le degré de risque lié à l'engagement de la responsabilité délictuelle des parties.

II : L'évaluation du risque juridique en considération de la sanction

79. La nature et l'ampleur de la sanction en tant que critères de l'évaluation du risque — La sanction applicable en cas de commission d'une faute délictuelle précontractuelle va déterminer le niveau de risque auquel les parties sont susceptibles de s'exposer lors de la négociation initiée dans le cadre spécifique de la procédure de data-room. Cette évaluation du risque sera fonction tant de la nature de la réparation qui est envisagée (**A**) que de son étendue (**B**). Il nous faudra donc analyser ces deux composantes en vue d'apprécier le risque réel auquel les parties seront confrontées en pratique (**C**).

A : La nature de la sanction, premier critère de l'évaluation du risque juridique

80. L'exclusion de la réparation en nature — Le dommage résultant de la rupture abusive des pourparlers ne peut donner lieu à une réparation en nature. Tel est le principe régissant les modalités de la réparation en matière de responsabilité délictuelle précontractuelle consacrée tant par la jurisprudence que par la doctrine. En effet, l'admettre consisterait à réputer le contrat formé et à refuser son annulation, ce qui heurterait de plein fouet le principe de la liberté contractuelle et plus précisément son corollaire tenant à la liberté de ne pas contracter. L'admission de cette réparation ne serait pas sans soulever plusieurs difficultés pratiques consistant à faire apprécier aux juges du fond les différents éléments précédant la formation du contrat, tout en ne leur permettant d'avoir que de vagues aperçus des objectifs poursuivis par les négociateurs. Il est par ailleurs impossible pour les tribunaux d'imposer aux parties de continuer dès lors qu'au moins l'une d'entre elles ne le veut pas. De plus, l'exclusion de la réparation en nature est la seule solution compatible, au regard du droit positif, avec le principe tenant à l'absence d'une obligation de maintien de l'offre. Comme le relève Mme Schmidt : « *Si une telle obligation existait, le retrait prématuré de l'offre serait toujours inefficace, si bien que le l'acceptation intervenue dans le délai formerait le contrat*

contre la volonté de l'offrant »¹³⁴. Ainsi, à partir du moment où la jurisprudence valide le principe selon lequel, à tout moment, l'offre peut être retirée dès lors qu'elle n'a pas été acceptée, elle admet que la sanction du retrait prématuré trouve son fondement dans la responsabilité délictuelle et non dans la responsabilité contractuelle.

81. L'admission de la réparation par équivalent — Une fois la réparation en nature écartée, seule la réparation par équivalent, consistant en l'octroi de dommages-intérêts, doit être retenue. Il convient alors de se reporter aux principes généraux de la responsabilité civile délictuelle prévoyant une réparation par équivalent de la totalité du préjudice subi par le demandeur dès lors qu'il établit l'existence de celui-ci. En effet, la rupture abusive des pourparlers n'est pas suffisante pour déclencher de façon systématique une indemnisation. Il faut nécessairement que le demandeur rapporte la preuve du préjudice causé par la rupture, sous peine d'être débouté de son action par les juges du fond¹³⁵. Il appartient alors à ces derniers d'apprécier le montant de l'indemnité dès lors qu'il s'agit d'une question de fait échappant par nature au contrôle de la Cour de cassation.

B : La détermination des dommages indemnifiables, second critère de l'évaluation du risque juridique

82. La détermination jurisprudentielle des dommages réparables — Le principe en matière de sanction d'une faute délictuelle précontractuelle tient en une admission de la réparation par équivalent, dont la traduction est l'octroi par la partie responsable de dommages-intérêts. Partant, l'évaluation du risque passe nécessairement par la détermination de son montant. Cette problématique renvoie directement à la détermination des dommages indemnifiables qui détermineront le système de réparation. Ceux-ci donneront plus ou moins d'efficacité à la sanction et donc au régime de la responsabilité délictuelle précontractuelle, considéré comme un ensemble de règles propres à encadrer le comportement des parties lors de la négociation. Ainsi, nous verrons comment la jurisprudence a très fortement minoré le champ d'application de la réparation inhérente à la responsabilité délictuelle précontractuelle,

¹³⁴ J. SCHMIDT, « La période précontractuelle en droit français », *Revue Internationale de Droit Comparé*, Vol. 42 n° 2, avril-juin 1990, p. 545 et s.

¹³⁵ Voir en ce sens : Cass. 1^{ère} civ, 24 septembre 2002, n° 00-15.213, *inédit*.

en refusant l'admission de la réparation du gain manqué procédant de la perte de chance (1). Cette réparation se limite aujourd'hui à l'indemnisation de dommages réparables secondaires (2) et réduit en ce sens très fortement le risque juridique, tenant pour les parties en un engagement de leur responsabilité civile délictuelle lors de la négociation.

1 : L'appréciation des dommages réparables en considération de la notion de gain manqué

83. Tout dommage résultant de la perte de chance n'est pas exclu de la catégorie des dommages réparables — La problématique de la perte de chance fait référence à deux réalités distinctes. La première renvoie au gain manqué par la partie victime de la rupture abusive, lequel procède de la perte de chance de voir le contrat conclu. La seconde a trait à la perte de chance pour celle-ci de conclure une autre convention avec un tiers dès lors que ses forces vives étaient mobilisées par la négociation initiale. Depuis L'arrêt *Manoukian*¹³⁶, confirmé par l'arrêt du 28 juin 2006¹³⁷, la jurisprudence a exclu le principe même de la réparation du dommage procédant de la perte de chance de conclure le contrat (a), mais a admis celle inhérente à la perte de chance de conclure une autre convention (b).

a : L'exclusion de la réparation du gain manqué procédant de la perte de chance de tirer profit du contrat

84. L'évolution de la jurisprudence — Les juges du fond ont dans un premier temps écarté la réparation du préjudice relatif au gain manqué procédant de la perte de chance de voir le contrat conclu¹³⁸ pour revenir par la suite sur cette tendance¹³⁹, à tel point que pour

¹³⁶ Cass. com., 26 novembre 2003, *Bull. civ.* 2003, IV, 2003, n° 186 ; *RTD. Civ.* janvier 2004, p. 83, obs. J. Mestre et B. Fages.

¹³⁷ Cass. 3^{ème} civ., 28 juin 2006, *Bull. civ.* 2006, III, n° 164.

¹³⁸ Voir notamment en ce sens : CA Dijon, 15 février 1893, *S.* 1894, II, p. 144 et CA Rennes, 8 juillet 1829, *DH.* 1929, p. 548.

¹³⁹ Voir en ce sens : CA Rennes, 8 juillet 1829, *DH.* 1929, p. 548 ; CA Paris, 25^e chambre, B, 10 mars 2000, n° 1998/07382 : *Juris-Data* n° 2000-133789.

certain auteurs¹⁴⁰, l'admission de la réparation de ce dommage semblait acquise en droit français. La jurisprudence de la Cour de cassation abondait en ce sens, comme l'illustre l'arrêt du 25 février 2003¹⁴¹ qui a accepté la réparation de la perte de chance du négociateur de tirer profit de la conclusion du contrat, L'arrêt du 12 novembre 2003¹⁴² a également admis que le demandeur « *avait subi un préjudice du fait (...) de la perte de chance de réaliser une opération immobilière* ». Cette solution a toutefois été écartée depuis l'arrêt *Manoukian*¹⁴³, érigeant en principe « *que les circonstances constitutives d'une faute commise dans l'exercice du droit de rupture unilatérale des pourparlers précontractuels ne sont pas la cause du préjudice consistant dans la perte de chance de réaliser les gains qui permettaient d'espérer la conclusion du contrat* ». La troisième chambre civile a pris acte de ce revirement de jurisprudence par un arrêt en date du 28 juin 2006¹⁴⁴, censurant une Cour d'appel qui, pour condamner une société à payer des dommages et intérêts, avait retenu l'existence d'une perte de chance corrélative au manque à gagner procédant de la non-conclusion du contrat.

85. Le fondement théorique de cette exclusion — Pour certains auteurs dont M. Deshayes¹⁴⁵, il convient de se référer à la définition de la faute pour comprendre le refus de la Cour de cassation d'indemniser la perte de chance. L'auteur relève en ce sens que l'arrêt de la troisième chambre civile retient l'absence de lien causal entre la faute et le dommage pour refuser toute réparation procédant de la perte de chance de voir se conclure le contrat. À son sens, dès lors que la faute ne peut résulter de la décision de rompre (qui ne peut jamais être fautive au nom du principe de la liberté contractuelle), elle est à rechercher dans les circonstances ayant accompagné la rupture. À ce stade, cet auteur opère un *distinguo* entre « *la faute de rupture* » et « *la faute de négociation* ». D'après lui, la première procède du fait même de rompre, alors que la seconde résulte d'une faute de comportement relevée à l'occasion de la rupture. Ainsi, dans l'arrêt *Manoukian*, lorsque la chambre commerciale

¹⁴⁰ L. AYNES, Ph. MALAURIE, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Defrénois, 6^{ème} éd., Paris, 2013, n° 464.

¹⁴¹ Cass. com., 25 février 2003, n° 01-12.660, *inédit*.

¹⁴² Cass. 3^{ème} civ., 12 novembre 2003, n° 02-10.352, *inédit*.

¹⁴³ Cass. com., 26 novembre 2003, *Bull. civ.* 2003, IV, 2003, n° 186 ; *RTD. Civ.* janvier 2004, p. 83, obs. J. Mestre et B. Fages

¹⁴⁴ Cass. 3^{ème} civ., 28 juin 2006, *Bull. civ.* 2006, III, n° 164.

¹⁴⁵ Voir en ce sens : O. DESHAYES, « Le dommage précontractuel », *RTD. Civ.* 2004, p. 187 et s.

énonce clairement que les circonstances de la rupture ne peuvent caractériser le lien de causalité de la perte de chance, c'est bien parce que la Cour suprême associe l'absence de lien causal au fait que la faute relève des circonstances de la rupture et non de la rupture elle-même. L'arrêt de la troisième chambre civile de 2006 vise quant à lui l'impossibilité pour une faute commise dans l'exercice du droit de rompre d'être la cause de cette même perte de chance. La Cour exclut donc toute possibilité de réparation, tant au regard de la faute de rupture que de celle de négociation.

Loin de faire l'unanimité au sein de la doctrine et comme le relève M. Ghestin¹⁴⁶, cette hypothèse est fondée sur une distinction artificielle entre « *la faute de rupture* » et la « *faute de négociation* ». Elle impliquerait que seule la décision de rompre serait de nature à générer un dommage et qu'en pouvant constituer une faute, elle s'opposerait à toute velléité d'indemnisation. Il nous semble cependant manifeste que les juges du fond, lorsqu'ils procèdent au contrôle des motifs ayant présidé à la décision de rompre, sanctionnent la faute sur le terrain de l'abus de droit. Ainsi, l'usage abusif du droit de rompre n'est-il pas discrétionnaire et peut-il générer la responsabilité délictuelle de son auteur lors de la phase précontractuelle, chose que l'analyse de M. Deshayes viendrait à nier.

86. La rupture du lien de causalité — Pour MM. Mestre et Fages¹⁴⁷, la rupture unilatérale des pourparlers induit le droit de rompre au regard du principe de la liberté contractuelle, sans pour autant que les parties voient systématiquement leur responsabilité délictuelle engagée. Il faut alors rechercher la faute non dans l'exercice de ce droit, mais bien dans les circonstances de la rupture. À leur sens, le lien de causalité est rompu dès lors que ce ne sont pas les circonstances qui provoquent intrinsèquement la rupture et génèrent le préjudice. Or, lorsque la Cour de cassation apprécie « la perte de chance de réaliser les gains que permettait d'espérer la conclusion du contrat », elle contrôle bien le lien de causalité entre le préjudice et la faute. Partant, et toujours selon M. Ghestin, « *il semble, au-delà de la technique juridique, utile de s'interroger sur les raisons pratiques de ce revirement de jurisprudence* ».

¹⁴⁶ Voir en ce sens : J. GHESTIN, « Les dommages réparables suite à la rupture abusive des pourparlers », *JCP.G* mai 2007, I, n° 22, p.157.

¹⁴⁷ Voir en ce sens : J. MESTRE et B. FAGES, *RTD civ.* 2004, p. 83 *op cit*

87. Les raisons pratiques expliquant cette exclusion — Deux arguments peuvent être avancés en ce sens : le premier correspond, comme le relève Mme Viney¹⁴⁸, à l'observation faite par la chambre commerciale que de nombreux pays limitent la réparation à l'« intérêt négatif » qu'aurait eu le demandeur à ne pas engager de négociation avec son partenaire (auteur de la rupture fautive) dans les cas avérés de rupture abusive des pourparlers. Elle écarte donc la thèse de la réparation de « l'intérêt positif » tenant aux bénéfices que les parties auraient retirés de la conclusion et de l'exécution du contrat. À son sens, la justification de cet alignement s'expliquerait par l'internationalisation du contentieux en la matière. Le second argument renvoie à l'idée selon laquelle accorder la réparation du gain souhaité par la relation contractuelle sous forme de réparation, même atténuée par la notion de perte de chance, reviendrait à donner effet à un contrat qui n'a pas été conclu.

b : L'admission de la réparation du gain manqué procédant de la perte de chance de conclure une autre convention

88. Le principe tenant à l'admission de la réparation du gain manqué, résultant de la perte de chance de conclure une autre convention — La réparation du gain manqué procédant de la perte de chance de conclure le contrat est manifestement écartée par la jurisprudence. Aussi convient-il de se tourner vers l'hypothèse procédant du gain manqué lié à la perte de chance de conclure une autre convention que celle ayant fait l'objet des pourparlers infructueux. L'idée serait alors de démontrer que la victime de la rupture abusive aurait pu conclure avec un tiers dans le cas où elle n'aurait pas été engagée dans des négociations infructueuses. Pour soutenir ce type de prétention, il appartient à la victime de satisfaire à deux conditions cumulatives. La première tient à la preuve de l'impossibilité pour elle de retrouver, postérieurement à la rupture fautive des pourparlers, un nouveau partenaire avec qui reprendre les négociations. La seconde a trait au fait qu'elle devra prouver la probabilité suffisante qu'elle avait de contracter avec autrui durant les négociations infructueuses¹⁴⁹. Une analyse de la jurisprudence nous indique que les juges admettent, une fois ces deux conditions réunies,

¹⁴⁸ G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 3^e éd., 2006, Paris, spé. n° 353, p. 197.

¹⁴⁹ Voir en ce sens : CA Rennes, 29 avril 1992, *JCP. G* 1993, IV, n° 1520.

l'indemnisation de cette perte de chance. Dans un arrêt du 18 juin 2002¹⁵⁰, la Cour de cassation a admis qu'une société ayant initiée des pourparlers en vue de trouver un repreneur pouvait légitimement demander, au titre du préjudice indemnisable, la réparation du temps par elle perdu dans cette négociation vaine dont le corolaire a été de l'empêché de trouver un terrain d'entente avec un partenaire sérieux intéressé par le reprise de l'entreprise. De la même façon, il avait déjà été jugé par la chambre commerciale le 7 avril 1998¹⁵¹ que le fait pour une société d'immobiliser « *en pure perte son procédé breveté pendant quatre années sans pouvoir négocier avec un tiers durant cette période* » était constitutif d'un préjudice donnant lieu à réparation sur le terrain de la perte de chance. La Cour a motivé sa décision par le fait que durant cette période, elle ne pouvait proposer ledit brevet à un tiers acquéreur. Ainsi, la perte de chance de conclure un contrat avec un tiers est-elle indemnisable, sous réserve de démontrer avant toute chose que la probabilité de signer avec ce tiers était réelle.

89. La compatibilité de cette solution de principe avec la jurisprudence *Manoukian* — Comme le remarque M. Deshayes¹⁵², le temps engagé par la victime de la rupture abusive enlisée dans des pourparlers infructueux est un temps qui n'a pas été utilisé à bon escient pour arriver à la conclusion d'un contrat dont l'issue aurait été plus favorable avec un autre partenaire. À son sens, il s'agit d'un dommage dont la réparation ne peut être contestée. Certains auteurs comme MM. Mestre et Fages¹⁵³ posent cependant la question de la compatibilité de ce type de réparation au regard de la jurisprudence *Manoukian*. Pour eux, la lettre de l'arrêt de 2003 ne visant que les gains que permettait d'espérer la conclusion du contrat, il n'y aurait pas d'incompatibilité de principe à obtenir réparation de la perte de chance de conclure avec un tiers dès lors que celle-ci apparaîtrait comme suffisamment certaine. Néanmoins, certains auteurs comme M. Mazeaud¹⁵⁴, analysent au regard de la jurisprudence de 2003 (réitérée par celle de 2006) l'impossibilité d'obtenir la réparation de ce type de préjudice. Ceux-ci en soutiennent que « *si le négociateur, victime de la rupture fautive de la négociation, n'apporte pas la preuve que la faute commise par son partenaire a été la*

¹⁵⁰ Cass. com., 18 juin 2002, *RTD civ.* 2003, p. 282.

¹⁵¹ Cass. com., 7 avril 1999, *JCP. E* 1999, n° 4, p. 169.

¹⁵² O. DESHAYES, « Le dommage précontractuel », *op cit.* p. 197.

¹⁵³ J. MESTRE et B. FAGES, *op. cit.*

¹⁵⁴ D. MAZEAUD, « Réparation des préjudices précontractuels : toujours moins... ? », note ss Cass. 3^{ème} civ., 28 juin 2006, *D.* 2006, p. 2964.

seule cause de la perte de chance de conclure le contrat négocié avec un tiers, et qu'il apparaît donc que cette chance a simplement été perdue en raison de la rupture (...) il ne pourra pas obtenir la moindre indemnisation faute de faute causale et faute de faute ». Cependant et comme le relève M. Ghestin¹⁵⁵, le lien de causalité est plus complexe dès lors que le dommage subi est tant la conséquence de la rupture fautive (ayant empêché la conclusion du contrat escompté) que du temps perdu en négociations inefficaces, lequel aurait pu être employé avec un autre partenaire dans des pourparlers fructueux. Cette négociation non aboutie a été dommageable au demandeur à défaut de la conclusion du contrat escompté, mais également en raison de l'impossibilité d'avoir poursuivi la négociation avec un tiers.

90. L'admission de la réparation de la perte de chance de conclure le contrat avec un tiers — Il semble que si le gain manqué par la perte de chance de voir le contrat conclu n'est pas indemnisable, la jurisprudence de la Cour de cassation ne s'oppose pas à l'indemnisation de la perte de chance tenant en la conclusion du contrat avec un tiers, sous réserve de démontrer la réalité de cette chance perdue. La finalité de la réparation peut expliquer cette admission : en effet, l'indemnisation de la perte de chance d'obtenir les gains espérés par la conclusion du contrat peut s'analyser comme une mise en l'état du demandeur, qui aurait été le sien si les négociations avaient été menées jusqu'à leur terme et le contrat conclu et exécuté. Il s'agirait de donner alors corps à une convention qui n'a pas été souhaitée par au moins une des parties et qui heurterait de plein fouet le principe de la non-indemnisation de « l'intérêt positif ». En revanche, la réparation des dommages occasionnels (dont fait partie l'indemnisation du gain manqué procédant de la perte de chance de conclure avec un tiers) s'analyse comme une remise en l'état du demandeur qui aurait été le sien si les pourparlers n'avaient pas été engagés. Par la réparation de ce préjudice, il n'existe pas de « forçage du contrat » ou plutôt de résurrection de celui-ci, du moins dans ses effets qui consistent pour le demandeur à obtenir le gain projeté.

Au-delà de l'indemnisation de ce type de préjudice, d'autres dommages sont indemnifiables. Il nous appartient maintenant de les analyser.

¹⁵⁵ J. GHESTIN, « Les dommages réparables suite à la rupture abusive des pourparlers », *op. cit.* p.157.

2 : Les autres dommages réparables au titre de la rupture

91. Les différents dommages réparables — Au-delà de la problématique de la réparation du gain manqué, il existe classiquement plusieurs autres catégories de dommages réparables. La première, procédant de l'octroi de dommages-intérêts et couvrant les frais investis par la victime de la rupture lors de la négociation est unanimement admise (**a**). La seconde englobe un certain nombre de dommages résiduels qui pourront donner lieu, le cas échéant, à réparation qu'il nous appartiendra de déterminer (**b**).

a : Les frais engagés pour la négociation

92. La solution de principe : le remboursement des frais exposés à l'occasion de la négociation — Lorsque la faute est démontrée, caractérisant ainsi la rupture abusive des pourparlers, le demandeur peut réclamer le remboursement des frais qu'il a inutilement exposés lors de la négociation. La doctrine comme la jurisprudence l'admettent dans l'écrasante majorité des cas et retiennent la solution de principe selon laquelle la sanction de la faute délictuelle précontractuelle porte sur le remboursement des frais occasionnés.

Cependant, certains auteurs comme M. Ghestin et M. Jourdain¹⁵⁶ ont dans un premier temps considéré que ce type de frais n'avait pas à être indemnisé dès lors qu'ils étaient exposés par des professionnels ou des entreprises, allant en ce sens à rebours de la jurisprudence¹⁵⁷. Le fondement de cette solution doctrinale procède de l'idée selon laquelle ce type de dépenses n'est pas constitutif d'un véritable dommage dès lors qu'il est possible, pour le négociateur qui les engage, de les inscrire dans les comptes dédiés à ses frais généraux. À la suite de la jurisprudence initiée par l'arrêt *Manoukian*, cette idée a été reprise notamment par M. Deshayes¹⁵⁸ pour qui « *les participants à une négociation précontractuelle savent que la conclusion du contrat projeté n'est pas certaine (...) ils acceptent d'exposer des frais dans le seul espoir qu'un accord définitif (...) lorsqu'une faute est commise dans la rupture, celle-ci*

¹⁵⁶ Voir en ce sens : J. GHESTIN, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, LGDJ, 4^{ème} éd., 1994, n° 330 et P. JOURDAIN, « Responsabilité précontractuelle », *J-CI. Contrats Distribution*, Fasc. 35, n° 13.

¹⁵⁷ Voir en ce sens : Cass. com., 7 janvier 1997, n° 94-21.561, *inédit* ; Cass. com., Cass. com., 22 avril 1997, *D.* 1998, p. 45 ; *RTD. civ.* 1997, p. 651.

¹⁵⁸ O. DESHAYES, « Le dommage précontractuel », *op. cit.* p.198.

ne cause pas le préjudice correspondant aux frais qui auraient existé en l'absence même de faute car il est un risque inhérent à toute négociation ».

Mais au regard de la jurisprudence nouvelle, comme le relève M. Ghestin, modifiant ainsi sa première analyse en la matière, il convient d'apprécier les dépenses engendrées lors de la négociation comme « *un investissement commercial aléatoire* ». Ainsi, les frais inhérents à la négociation sont-ils engagés par les parties quel que soit le résultat des pourparlers. Celles-ci doivent donc prendre en considération l'aléa tenant à leur échec éventuel. Néanmoins, cette acceptation du risque d'échec présuppose un respect commun par les parties de la règle du jeu. Cette dernière exige que les précontractants adoptent une attitude exempte de déloyauté l'un envers l'autre. Dès lors que l'un des négociateurs contrevient à cette obligation, une faute naît, corrompt le déroulement normal des pourparlers et fonde l'abus de droit. Ne pas reconnaître la validité de l'indemnisation des dépenses liées à la négociation est compréhensible au regard de l'aléa. Cependant, le caractère fautif de la rupture vient vicier la période des pourparlers et ne peut plus légitimer cette possibilité d'échec des discussions. En considération de la solution de l'arrêt *Manoukian*, il est manifeste que la Cour de cassation entend inclure expressément dans les dommages réparables les frais exposés pour la négociation en retenant que « *le préjudice subi par la société Alain Manoukian n'incluait que les frais occasionnés par la négociation et les études préalables* ».

93. La mise en œuvre de la solution de principe — En principe, toutes les demandes portant sur des frais engagés lors de la négociation doivent être admises. Les juges du fond sont tout de même tenus d'opérer un contrôle en veillant à garder une juste proportionnalité entre les dépenses engagées et la réalité de la négociation. En outre, il ne faut pas que la partie qui en demande le remboursement ait engagé des frais de manière inconsidérée ou précipitée en fonction du degré d'avancement des négociations¹⁵⁹. Derrière cette notion de frais indemnifiables se dissimule un ensemble de postes de dépense qui, une fois additionnés, permettront de déterminer le montant total du préjudice¹⁶⁰.

¹⁵⁹ Voir en ce sens : Cass.com., 4 octobre 1982, *Juris-Data* n° 1982-002028 et Cass. 1^{ère} civ., 12 avril 1976, *Bull. civ.* 1976, I, n° 122. Pour des exemples de non-indemnisation, des dépenses qui ont été engagées lors des pourparlers soit inconsidérément soit de façon disproportionnée.

¹⁶⁰ Voir en ce sens : P. CHAUVEL, note ss Cass. com., 7 janvier 1997, D. 97, I, p. 322.

94. La détermination des frais inutilement exposés — Tous les frais inhérents aux négociations sont susceptibles d'être indemnisés dès lors que la rupture des pourparlers est fautive. La Cour d'appel de Rennes a estimé en ce sens dès 1929¹⁶¹ que les « *différentes dépenses et dérangements* » pouvaient faire l'objet d'une réparation. Il convient donc de se reporter à l'affectation des fonds en vue de déterminer la causalité nécessaire entre leur engagement et l'avancée de la négociation. Ont ainsi été considérés comme faisant partie des dépenses de négociation indemnisables les frais de voyages¹⁶² ainsi que les frais d'étude préliminaire¹⁶³. Plus généralement, toutes les dépenses tenant à l'organisation et aux préparations diverses liées à la conclusion du contrat sont indemnisables, comme à titre d'exemple des achats liés aux négociations, une embauche de personnel supplémentaire voire le lancement d'une campagne publicitaire ayant vocation à anticiper la conclusion du contrat.

En fonction de chaque cas d'espèce, il est possible pour la victime de la rupture de demander la réparation de préjudices plus spécifiques au regard de la négociation infructueuse. En ce sens, deux préjudices résiduels peuvent être mentionnés : il s'agit de l'atteinte à la réputation et de la concurrence déloyale.

b : L'atteinte à la réputation et la concurrence déloyale

95. L'atteinte à la réputation — Dans cette situation, la faute consiste à porter atteinte à la réputation et à l'honneur du partenaire qui subira la rupture abusive. Parfois, l'auteur de la rupture assume complètement sa faute et n'hésite pas à entourer l'échec des pourparlers d'une certaine publicité, dénigrant ainsi son ancien partenaire. Il en résultera pour ce dernier une perte de chance de pouvoir conclure un contrat satisfaisant avec des tiers à l'avenir, en raison de leur méfiance au regard de l'échec de la négociation précédente. La jurisprudence a admis la réparation de ce type de préjudice sur le fondement d'une atteinte au crédit, au sérieux du partenaire délaissé qui risque de compromettre pour l'avenir les rapports qu'il pourrait initier avec d'autres partenaires commerciaux¹⁶⁴. Il convient de déterminer le montant de la réparation en considération de celui de l'avantage net attendu par la conclusion

¹⁶¹ CA Rennes, 8 juillet 1929, *DH.* 1929, p. 548.

¹⁶² Voir en ce sens : Cass. com 20 mars 1972, *Bull. civ.* 1972, IV, n° 93.

¹⁶³ Voir en ce sens : CA Paris, 10 mars 2000, *JCP. E* 2001, n° 10 p. 422.

¹⁶⁴ Voir en ce sens : CA Versailles, 1^{er} avril 1999, *Gaz. Pal.* février 2000, p. 30.

du contrat qui aurait pu être conclu avec un tiers affecté d'un coefficient de minoration qui sera fonction de la chance perdue.

96. Les dommages relevant de la concurrence déloyale — Il arrive qu'au cours de la négociation, les parties soient amenées à se communiquer des données sensibles relatives notamment à des procédés de fabrication. Leur utilisation dans le but de concurrencer le partenaire délaissé ouvre droit à réparation par la partie fautive. Il existe quelques exemples jurisprudentiels allant dans ce sens. Dans un arrêt en date du 3 octobre 1978,¹⁶⁵ la Cour de cassation a ainsi retenu l'existence d'une concurrence déloyale dans le cas d'espèce. En effet, il a été démontré qu'une société avait mis en œuvre un ensemble de techniques et de méthodes dont elle a pris connaissance abusivement lors des négociations. Il est de la nature même des pourparlers de permettre un échange de données entre les parties qui donnera lieu dans la majeure partie des cas à une protection spécifique grâce à des contrats préparatoires. Cependant, il est possible d'aller chercher la réparation du préjudice tenant à leur utilisation au-delà de la sanction contractuelle, sur le fondement de l'indemnisation de la concurrence déloyale.

La procédure de data-room induit la volonté pour les parties de se prémunir le plus efficacement possible contre tout aléa. En ce sens, elle balise le chemin précontractuel par le biais d'avant-contrats spécifiques. Ceux-ci prévoient notamment des stipulations tenant à la confidentialité des données que les parties se transmettent. La sanction de la concurrence déloyale ne se ferait alors pas par le biais de la responsabilité délictuelle, mais par celui de la responsabilité contractuelle.

C : Une indemnisation du préjudice réduite à une peau de chagrin

97. Le champ restreint de la réparation en considération de l'exclusion de la perte de chance — La jurisprudence récente de la Cour de cassation¹⁶⁶ illustre son attachement à la solution dégagée à l'occasion de l'arrêt *Manoukian*. En effet, l'exclusion de la perte de chance de réaliser les gains que permettait d'espérer la conclusion du contrat du préjudice indemnisable rend la responsabilité pour rupture fautive des pourparlers rationnelle.

¹⁶⁵ Cass.com., 3 octobre 1978, *Bull. civ.* 1978, IV, n° 208.

¹⁶⁶ Voir en ce sens : Cass. com., 18 sept. 2012, n° 11-19.629, *Juris-Data* n° 2012-020867.

Celle-ci est en cohérence notamment au regard de l'augmentation de ce type de contentieux dans le cadre des relations commerciales internationales. Cependant, cette solution reste improductive dans le sens où « le coût » parfois relativement faible de l'engagement de la responsabilité délictuelle n'est pas de nature à dissuader l'une des parties de rompre abusivement les négociations¹⁶⁷.

98. Une exclusion justifiée au regard de la procédure de data-room — Cette solution trouve tout son sens lorsqu'elle est analysée lors de la procédure de data-room. La mise en concurrence de plusieurs candidats-acquéreurs n'est pas sans attiser les rivalités : au terme des audits, un seul « survivant » aura le droit de conclure le contrat et de se voir céder la propriété de l'immeuble. La rupture des pourparlers procède dans l'écrasante majorité des cas de l'éviction par le vendeur des candidats avec qui il ne souhaite pas poursuivre. Or admettre la réparation de la perte des gains manqués (gains escomptés par la conclusion du contrat) pourrait être une aubaine pour eux. En effet, en cas de rupture fautive, ils pourraient être mis fictivement par le juge en lieu et place du candidat-acquéreur qui a remporté la procédure ; non en ce qu'ils le remplaceraient, mais plutôt en ce qu'ils évalueraient le montant de l'indemnisation due à raison de la rupture fautive au regard des gains que la cession a rapportés. Outre l'absence de bien-fondé au regard de la théorie juridique, cette solution est en pratique impossible à mettre en place. En effet, comment déterminer le montant des gains manqués ? Devrait-on capitaliser l'ensemble des revenus de l'immeuble sur une période laissée à la libre discrétion des magistrats ? Faudrait-il établir un cash-flow prévisionnel qui anticiperait l'actualisation des flux futurs sous le contrôle des juges du fond ? Nous voyons ici une impossibilité de mise en œuvre de cette analyse.

Cette possibilité de réparation serait source d'insécurité juridique. Elle aurait pour principale conséquence d'alourdir les coûts et éventuellement la durée du processus. En effet, le vendeur souhaitera sécuriser au maximum la procédure en raison du risque de responsabilité et d'indemnisation de la perte de chance de réaliser les gains espérés. Or, avoir recours à la vente sur data-room suppose pour les parties de pouvoir disposer d'une certaine souplesse, laquelle procède de la juste mesure entre rapidité, efficacité et sécurité.

La juste sanction de la faute va dans le sens de cette exclusion. Il est opportun de remettre les parties en l'état où elles se trouvaient antérieurement aux pourparlers et non

¹⁶⁷ Voir en ce sens : G. LOISEAU, « Droit des contrats », *JCP. G* octobre 2012, n° 43, p. 1151.

d'acter une situation de fait procédant de la fiction juridique pour assoir une indemnisation de la perte de chance. Partant, seul le coût des audits, constituant la base du préjudice indemnisable, matérialise une sanction en accord avec l'esprit de la procédure de data-room. En effet, l'audit des composantes de l'immeuble n'a été entrepris que sous réserve de la croyance en la bonne foi et en la loyauté du vendeur. Un manquement à ces devoirs se doit d'être indemnisé par le remboursement de tous les frais engagés.

Nous avons pu ainsi déterminer comment le régime de la responsabilité civile délictuelle intervient dans la phase des pourparlers initiés à l'occasion de la procédure de data-room. Il s'agit du premier volet du droit-police visant à encadrer la négociation. Il nous faut donc à présent aborder sa seconde composante, à savoir le possible engagement de la responsabilité pénale des parties apprécié en tant que facteur de risque juridique.

Section 2 : La responsabilité pénale précontractuelle

99. La commission de l'infraction à l'occasion de la négociation — Il est possible que le contrat, dont la conclusion est visée par les négociations, puisse contenir ou caractériser une infraction¹⁶⁸ comme cela peut être le cas à l'occasion de la vente « à la boule de neige »¹⁶⁹. Cependant, si le contrat constitue l'infraction, est-il possible de retenir cette même qualification pour la période précontractuelle ? La réponse ne peut être que négative. En effet, ce n'est que l'exécution de la convention qui permet de donner corps à l'infraction. Or, au stade de la négociation, seule la possibilité d'engagement contractuel des parties est évoquée. Au regard de l'article 121-5 du Code pénal¹⁷⁰, il ne peut exister de responsabilité pénale qu'au stade du commencement d'exécution, en d'autres termes lors de la tentative et de l'exécution. La jurisprudence définit la tentative comme « *les actes ayant pour conséquence directe et immédiate de consommer le crime* »¹⁷¹.

Partant, un double constat s'impose. Si le contrat peut être constitutif d'une infraction, sa négociation dans le cadre de la procédure de data-room ne peut être analysée comme un commencement d'exécution, à savoir cet acte univoque concourant directement à la réalisation de l'infraction. Dès lors, il est juridiquement impossible de la retenir comme étant le siège de la conclusion de l'infraction. Il apparaît alors que la responsabilité pénale des parties ne renvoie pas à l'étude de la tentative de commission d'une infraction caractérisée par le contrat. En conséquence de cette observation liminaire, un deuxième constat s'impose : dès lors que la

¹⁶⁸ Voir en ce sens : R. OTTENHOF, « Le droit pénal et la formation du contrat civil », volume 110, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 1970.

¹⁶⁹ La vente « à la boule de neige » est une technique illégale de vente par laquelle un avantage ou une rémunération sont offerts à un acquéreur ou à un distributeur à condition qu'il recrute d'autres acheteurs ou distributeurs. Elle est définie par l'article L.122-6 du Code de la consommation disposant qu'est interdite « *la vente pratiquée par le procédé dit « de la boule de neige » ou tous autres procédés analogues consistant en particulier à offrir des marchandises au public en lui faisant espérer l'obtention de ces marchandises à titre gratuit ou contre remise d'une somme inférieure à leur valeur réelle et en subordonnant les ventes au placement de bons ou de tickets à des tiers ou à la collecte d'adhésions ou inscriptions* ».

¹⁷⁰ L'article 121-5 du Code pénal dispose que « *la tentative est constituée dès lors que, manifestée par un commencement d'exécution, elle n'a été suspendue ou n'a manqué son effet qu'en raison de circonstances indépendantes de la volonté de son auteur* ».

¹⁷¹ Cass. crim., 25 octobre 1962, *Bull. crim.* 1962, n° 292 et 293 ; *D.* 1963, p. 221, note P. Bouzat ; *JCP. G* 1963, II, 12985, note J-F. Vouin.

négociation ne peut être le siège de la responsabilité pénale des parties, celles-ci peuvent tout de même être susceptibles d'y commettre une infraction au regard de certains agissements réprimés par la loi pénale. Il semble alors que le risque juridique (tenant à la pénétration de la loi pénale au stade de la formation du contrat) nécessite de déterminer, en considération des infractions qu'elle sanctionne, lesquelles seront susceptibles d'être commises par les parties ainsi que leurs conditions de mise en œuvre. De ce fait, il nous faudra décomposer la phase des pourparlers en deux temps, et apprécier ainsi les infractions pouvant y être commises soit à l'occasion de la détermination des conditions de formation du contrat (§1), soit lors de la rupture de la négociation par l'une des parties (§2). Une fois ce travail effectué, il nous faudra apprécier de quelle manière il convient de traiter la pénétration de ce régime de responsabilité au regard du risque juridique auquel s'exposent les parties (§3).

§1 : L'engagement de la responsabilité pénale lors de la formation du contrat

100. De l'infraction pénale appréciée à l'occasion de la négociation et des notions de « bonne foi », de « loyauté » et de « violence » — En raison du silence de la loi, la jurisprudence a délimité la marge de manœuvre des parties lors de la phase précontractuelle. Ainsi, contrevenir à la bonne foi engendre-t-il une responsabilité délictuelle sur le fondement de l'abus de droit. Cependant, au-delà de la sanction civile, l'agissement contraire à la bonne foi peut également caractériser une infraction pénale. Néanmoins, il serait impropre de parler d'une correspondance entre la sanction civile de la bonne foi (relevant du devoir de comportement relatif à la loyauté), et la loi pénale qui ne fixe pas un cadre général permettant la répression de ces comportements au sein d'un ensemble homogène. Cela se conçoit en considération de la finalité de la loi pénale qui vise la sanction des actes d'une particulière gravité, justifiant ainsi que la sanction de la violation des devoirs de bonne foi et de loyauté ne puisse caractériser une infraction, en raison de l'exigence de franchissement d'un certain « palier de gravité ». À partir de là, il est possible de prendre comme point de départ de notre analyse la bonne foi et la loyauté qui s'imposent aux négociateurs en tant que normes comportementales, pour apprécier leurs agissements à travers le prisme du droit pénal. Ainsi, l'appréciation du comportement des parties au regard du droit pénal nous imposera-t-elle de relever les infractions susceptibles d'être commises lors des pourparlers à l'occasion d'un

manquement manifeste aux obligations procédant de la bonne foi (I) et de la loyauté (II), auxquelles il conviendra d'adjoindre le cas extrême de la violence (III).

I : Les manœuvres contraires à la bonne foi visant à tromper le négociateur

101. Les infractions d'escroquerie et d'abus de confiance — Deux infractions pénales de droit commun sont susceptibles de caractériser l'atteinte à la bonne foi de la part d'un négociateur. Il s'agit d'une part de l'escroquerie (A) et d'autre part de l'abus de confiance (B).

A : L'escroquerie lors de la procédure de data-room

102. Du régime de l'escroquerie et de ses conditions de mise en œuvre dans le cadre des pourparlers — Il nous faudra voir d'abord le régime de l'escroquerie (1) pour ensuite déterminer ses conditions de mise en œuvre dans le cas spécifique de la négociation résultant du recours par les parties à la procédure de data-room (2).

1 : Le régime de l'escroquerie

103. La définition de l'escroquerie — À la lecture de l'article 313-1¹⁷² du Code pénal, nous pouvons définir l'escroquerie comme étant la remise d'un bien par son propriétaire à une tierce personne, suite à une tromperie ou un ensemble de manœuvres frauduleuses poursuivant l'objectif d'induire la victime en erreur sur la réalité de la chose. Cette infraction est punie à titre principal d'une peine pouvant aller jusqu'à cinq ans d'emprisonnement, assortie d'une amende de 375 000 euros.

104. Les éléments matériels de l'escroquerie — L'escroquerie est un délit dont la commission requiert l'accomplissement d'actes positifs. À la lecture de l'article précité, deux

¹⁷² L'article 313-1 du Code pénal dispose que « le fait, soit par l'usage d'un faux nom ou d'une fausse qualité, soit par l'abus d'une qualité vraie, soit par l'emploi de manœuvres frauduleuses, de tromper une personne (...) et de la déterminer ainsi, à son préjudice (...) à remettre (...) un bien quelconque ».

éléments ressortent de la définition posée par le Code pénal : l'emploi de moyens frauduleux puis la remise de la chose convoitée. Les moyens constitutifs de l'escroquerie sont le mensonge (il peut s'agir d'un faux nom ou d'une fausse qualité), l'abus de qualité vraie (c'est-à-dire le fait d'abuser d'une qualité en ce qu'elle inspire généralement confiance), et enfin la manœuvre frauduleuse qui est celle destinée par nature à tromper une personne physique ou morale. Pour que l'infraction soit caractérisée, il faut absolument que la remise de la chose ait été réalisée. Pour le législateur, il peut s'agir de fonds, d'une valeur ou d'un bien quelconque.

105. L'élément moral de l'escroquerie — L'escroquerie est à l'évidence une infraction intentionnelle ; cette intention criminelle porte tant sur les moyens utilisés en vue de sa réalisation que sur le but poursuivi par son auteur. L'escroc pourrait être défini comme la personne qui va délibérément tromper sa victime en vue de s'approprier les biens de celle-ci. L'élément moral de l'infraction réside dans la conscience qu'a l'escroc d'user de l'un des moyens incriminés en vue de recevoir un bien d'autrui.

2 : Les conditions de mise en œuvre de l'escroquerie

106. De l'escroquerie à la tentative d'escroquerie — Pour être caractérisée en tant qu'infraction, l'escroquerie doit avoir nécessairement entraîné la remise de la chose. Or, il s'avère que la phase précontractuelle a pour vocation de prévoir à terme la conclusion d'une convention emportant le transfert de propriété de l'immeuble. De ce fait, il ne peut y avoir d'escroquerie en l'absence de toute remise. L'infraction n'est donc pas encore réalisée, mais seulement projetée. Cette qualification juridique doit être exclue dès lors que le contrat n'est pas encore formé. Il convient alors de se retourner vers la tentative d'escroquerie. Il semble concevable de retenir cette qualification uniquement dans les cas où la remise de la chose a été sollicitée. Dans le cas contraire, il ne s'agira que d'actes préparatoires qui ne tombent pas sous le coup de la loi pénale¹⁷³.

107. Les comportements incriminés — Lors de la négociation, les parties ne sont pas toujours animées par des idéaux de bonne foi. Il arrive parfois que des agissements relevant de l'abstention, de l'omission, de la réticence, voire du mensonge soient révélés au

¹⁷³ Voir en ce sens : P. CONTE, *Droit pénal spécial*, LexisNexis, Manuel, Paris, 2013.

grand jour. Ces actions blâmables peuvent parfois relever de la tromperie, élément nécessaire pour la qualification de l'infraction. Cependant, une omission ou un simple mensonge sont-ils des comportements suffisants pour emporter une telle qualification ? À titre d'exemple, nous pouvons citer le cas du candidat-acquéreur qui « oublierait » volontairement de mentionner au cessionnaire d'actif que la réalisation de l'opération d'acquisition dépend de l'octroi d'une ligne de crédit qui n'a pas encore été obtenue¹⁷⁴, ce qui ne l'empêche pas pour autant de poursuivre les négociations. Un tel comportement est susceptible d'engendrer la responsabilité délictuelle de son auteur, mais pas sa responsabilité pénale : pour la jurisprudence, il ne saurait être question d'une manœuvre frauduleuse telle que décrite à l'article 313-1 du Code pénal. De la même façon, la responsabilité pénale ne pourrait être engagée lorsque l'une des parties laisse l'autre se tromper délibérément. En revanche, le mensonge pourra être source d'engagement de responsabilité à chaque fois qu'il rentrera spécifiquement dans le champ d'application de l'escroquerie. Il pourra s'agir alors d'un mensonge portant sur le nom ou la qualité, cette dernière étant comprise comme l'ensemble des éléments constitutifs de l'état des personnes. Il pourra également être question d'un mensonge qui s'accompagne de manœuvres frauduleuses visant à le mettre en scène et à lui donner corps¹⁷⁵. De la même façon, dès lors qu'il est établi que le mensonge viendrait à être étayé par un tiers appelé ici tiers certificateur, peu importe que celui-ci soit ou non de bonne foi : il faudra retenir que cette certification du mensonge est à elle seule constitutive d'une manœuvre frauduleuse.

3 : De l'escroquerie et des immeubles

108. L'exclusion des immeubles du champ d'application de l'escroquerie — La remise du bien du propriétaire à l'escroc est la condition préalable à la qualification pénale de l'escroquerie. Cependant, il est de jurisprudence constante que ce bien ne peut pas être un immeuble. La genèse de cette exclusion procède du droit romain et de la notion de *furtum*, comprenant toutes les atteintes à la propriété privée visées par la mainmise frauduleuse. À l'origine, le *furtum* se limitait aux seuls meubles, car il présupposait le déplacement de la chose. Cette idée sera reprise par le Code pénal de 1810, prévoyant dans son article 405 que

¹⁷⁴ Cass. 1^{ère} civ. 6 janvier 1998, *JCP.G* 1998, II, n° 10066, note B. Fages ; *Defrénois*, 1998, n° 743, Obs. D. Mazeaud.

¹⁷⁵ Cass. Crim., 15 novembre 1956, *Bull. crim.* 1956, n° 749 à 751.

l'escroquerie ne pouvait porter que sur « *des fonds, des meubles ou des obligations, dispositions, billets, promesses, quittances, décharges* ». Notons qu'ici, la notion de « fonds » ne doit pas être comprise au sens de l'article 518 du Code civil aux termes duquel « *les fonds de terre et les bâtiments sont immeubles par leur nature* ». Dans l'emploi du terme « fonds », l'ancien Code pénal visait les espèces et non les immeubles qui se retrouvent ainsi hors du champ d'application de l'escroquerie. La jurisprudence de la Cour de cassation, constante en la matière, a toujours admis cette exclusion¹⁷⁶.

Dans sa nouvelle rédaction, l'article 313-1 du Code pénal vise la remise de « *fonds, valeurs ou bien quelconque* ». La lettre du texte est ambiguë sur le sort des immeubles. Certes, il est possible de se référer à l'ancienne rédaction et d'exclure alors les biens immobiliers à travers l'emploi du terme de « fonds ». Mais l'imprécision de l'expression « biens quelconques » permettrait théoriquement de les réintégrer. Cependant, la Cour de cassation a reconfirmé la jurisprudence ancienne par un arrêt en date du 10 octobre 2001¹⁷⁷ et illustré ainsi son hostilité à la protection pénale des immeubles par l'appréciation qu'elle donne au terme « bien quelconque ».

109. De l'escroquerie et du transfert de propriété immobilière — Au regard des développements précédents, nous pourrions arrêter notre analyse ici et considérer qu'il est impossible de caractériser une escroquerie à l'occasion des négociations initiées dans le cadre de la procédure de data-room, dès lors qu'elle présuppose de la remise de l'immeuble (par nature exclu de son champ d'application). Cependant, les manœuvres frauduleuses durant la phase précontractuelle ne visent pas tant à obtenir la remise physique de l'immeuble que son transfert de propriété juridique par la conclusion d'un acte. Or, en matière d'escroquerie, les dispositions du Code pénal ont permis dès 1864¹⁷⁸ de sanctionner les manœuvres portant indirectement sur un immeuble par la remise d'un tel acte¹⁷⁹. Un arrêt rendu sur le fondement de l'ancien article 405 du Code pénal pose en effet une solution qui serait transposable au nouvel article 313-1 du Code pénal. Il retient que le fait d'utiliser des moyens frauduleux en

¹⁷⁶ En ce sens : Cass. crim., 27 mars 1995, *Bull. crim.* 1995, n° 124 et Cass. Crim 15 juin 1992, *DP*. Décembre 1992, n° 281. Pour des illustrations de l'exclusion des immeubles du champ d'application de l'ancien article 405 du Code pénal.

¹⁷⁷ Cass. crim., 10 octobre 2001, *D.* 2002, p. 1796. Obs. B. Lamy.

¹⁷⁸ Cass. crim., 12 novembre 1864, *DP*. 1865, n° 3, p. 158.

¹⁷⁹ En ce sens : Cass. crim 23 janvier 1997, *DP*. 1997, n° 93, obs. M. Véron.

vue de se faire remettre un acte translatif de propriété sur un immeuble permet de qualifier l'escroquerie. Ainsi, la Cour de cassation a-t-elle pu constater que l'acte de transfert de propriété valait « *disposition ou obligation* »¹⁸⁰ au sens de l'ancien article 405. Cette solution pourra perdurer avec le nouvel article 313-1 qui sanctionne les manœuvres destinées à déterminer la victime à consentir un acte opérant « *obligation* ».

110. Des conditions de mise en œuvre de l'escroquerie et de la procédure de data-room — Lors de la négociation initiée dans le cadre de la procédure de data-room il est possible de caractériser le comportement des parties comme étant constitutif d'une escroquerie, sans que la nature immobilière de l'opération soit une limite à l'engagement de leur responsabilité pénale. Considérée du point de vue du candidat-acquéreur, l'escroquerie consisterait à obtenir la remise de la chose (comprise ici comme l'acte translatif de propriété) par des agissements relevant de l'article 313-1 du Code pénal. Selon le point de vue du vendeur, il s'agirait d'obtenir de façon frauduleuse la remise du prix la vente par l'utilisation de manœuvres entrant dans le champ d'application de cette infraction¹⁸¹. D'un point de vue pratique, le professionnalisme accompagnant la mise en œuvre d'une procédure de data-room est un frein aux agissements relevant de l'article 313-1 du code précité. Les parties n'y sont pas plus honnêtes que dans d'autres secteurs de la vie commerciale, mais la réalisation de l'opération contractuelle présuppose un véritable savoir-faire des négociateurs en considération tant de sa technicité que de sa complexité ; ce qui rendra l'escroquerie quasi impossible. Dans la pratique, la connaissance qu'ont les acteurs de l'investissement en immobilier commercial et le fait qu'ils s'entourent de nombreux conseils rendent le recours à l'escroquerie très difficile. De plus, le choix du contractant final se fera souvent *intuitu personae*, permettant ainsi aux parties de se prémunir contre un défaut de paiement (pour le vendeur) et contre l'absence de maîtrise de la propriété de la partie venderesse (pour le candidat retenu à l'acquisition). Ainsi, retenir l'escroquerie en tant que facteur de risque juridique pour les parties est peu pertinent. Certes, il est théoriquement possible de retenir cette infraction, cependant ses conditions de mise en œuvre sont difficilement compatibles avec la procédure de data-room.

¹⁸⁰ En ce sens : Cass. crim 23 janvier 1997, *DP*. 1997, n° 93, obs. M. Véron.

¹⁸¹ Voir en ce sens : Cass. crim., 23 mars 1838, *Bull. crim* 1838, n° 76.

B : L'abus de confiance lors de la procédure de data-room

111. Le régime de l'abus de confiance et de ses conditions de mise en œuvre dans le cadre des pourparlers — De la même façon que pour l'escroquerie, nous verrons d'une part le régime de l'abus de confiance (1) et d'autre part ses conditions de mise en œuvre dans le cadre de la procédure de data-room (2).

1 : Le régime de l'abus de confiance

112. Les éléments nécessaires à la caractérisation de l'abus de confiance — Au regard de l'article 314-1 du Code pénal¹⁸², trois éléments sont nécessaires pour caractériser l'abus de confiance. Il faut d'abord un détournement, ensuite un préjudice et enfin une intention. Cette infraction nécessite par ailleurs la réunion de deux conditions cumulatives préalables : un accord de volonté et une remise volontaire de la chose. Ce délit est puni d'une peine pouvant aller jusqu'à trois ans d'emprisonnement et d'une amende pouvant s'élever à 375 000 euros.

113. Les éléments matériels de l'abus de confiance — Les deux premiers éléments constitutifs de l'abus de confiance sont matériels : il s'agit d'une part du détournement et d'autre part du préjudice. Le dernier est quant à lui moral puisqu'il relève de l'intention. En matière d'abus de confiance, le détournement est une notion dont les contours ne sont pas toujours évidents à délimiter. La doctrine a retenu plusieurs qualifications possibles tenant notamment à l'usage abusif de la mauvaise foi sur la chose confiée, se matérialisant alors par un usage non conforme à celui pour lequel la remise de la chose a été réalisée. Il peut également s'agir d'un retard intentionnel dans sa restitution ou encore du refus intentionnel de la restituer, voire de l'impossibilité de restituer celle-ci suite à sa destruction, sa dissipation ou tout acte de disposition venant à rendre la remise impossible. De façon générale, la jurisprudence s'accorde à dire que pour caractériser le détournement, le critère de l'application du droit pénal procède d'une interversion de titre au sens du droit civil, à savoir un acte

¹⁸² L'article 314-1 du Code pénal définit l'abus de confiance comme étant : « *le fait par une personne de détourner, au préjudice d'autrui, des fonds, des valeurs, ou un bien quelconque qui lui ont été remis et qu'il a acceptés à charge de les rendre, de les représenter ou d'en faire un usage déterminé* ».

matériel qui manifestera de façon non équivoque la volonté du détenteur précaire de se comporter comme le propriétaire de la chose. Le détournement procède alors d'une utilisation de la chose à des fins étrangères à celles qui avaient été convenues initialement¹⁸³. Par ailleurs, la jurisprudence considère qu'il existe un préjudice à partir du moment où le propriétaire se retrouve privé de ses droits sur la chose¹⁸⁴. En pratique, c'est à celui à l'encontre de qui l'abus de confiance est invoqué qu'il appartient de prouver que le propriétaire du bien confié n'a pas perdu ses droits sur celui-ci.

114. L'élément moral de l'abus de confiance — L'abus de confiance est une infraction intentionnelle qui présuppose de l'exigence d'un dol général, c'est-à-dire la conscience pour l'auteur du délit de la précarité de la détention qu'il a sur la chose et son obligation de la restituer à son propriétaire légitime. Il doit donc avoir clairement conscience de contredire les droits du propriétaire sur la chose.

115. Les conditions préalables à la qualification d'abus de confiance — Deux conditions cumulatives doivent être mises en œuvre pour retenir l'abus de confiance. Il s'agit d'une part de l'accord de volonté et d'autre part de la remise de la chose certaine, volontaire et précaire. L'accord de volonté doit exister entre le propriétaire ainsi que l'agent à qui la chose a été remise et qui devra nécessairement être restituée aux termes de la remise ou bien affectée à un usage déterminé entre les parties. Concernant le caractère volontaire, la remise involontaire de la chose nous porterait sur le terrain d'autres infractions que sont le vol ou l'extorsion. Par ailleurs, la remise doit forcément être précaire, car dans le cas contraire elle procéderait d'un transfert de propriété. Ainsi, la vente ne pourra-t-elle jamais être concernée par ce délit dès lors qu'elle est un contrat translatif de propriété.

2 : Les conditions de mise en œuvre de l'abus de confiance

116. L'exclusion des immeubles du champ d'application de l'abus de confiance — L'abus de confiance est-il applicable à notre cas d'espèce ? En d'autres termes, les parties à la négociation peuvent-elles engager leur responsabilité pénale sur le fondement de cette

¹⁸³ Voir en ce sens : Cass. crim., 8 décembre 1971, *Bull. crim.* 1971, n° 341.

¹⁸⁴ Voir en ce sens : Cass. crim., 15 avril 1968, *Bull. crim.* 1968, n° 231.

infraction ? Dans un premier temps, il nous faut exclure le cas de la remise de l'immeuble. En effet, il est de jurisprudence constante que cette catégorie de bien ne puisse pas être concernée par cette infraction qui est propre au détournement de biens mobiliers¹⁸⁵ (matériels ou immatériels). Aux termes des dispositions de son article 408, l'ancien Code pénal visait les différents contrats concernés par cette infraction, la vente étant exclue *de facto*. Dans le Code pénal que nous connaissons aujourd'hui, cette liste limitative de contrats a disparu. Il ne faut cependant pas en déduire que l'abus de confiance pourrait être applicable à la vente. En tant que contrat translatif de propriété, celle-ci est exclue de son champ d'application. Il n'est donc pas possible d'aller chercher une mise en jeu de la responsabilité des parties sur ce fondement.

Une autre hypothèse mérite néanmoins d'être prise en compte au regard de la nature spécifique de la procédure de data-room. Il s'agit de caractériser l'abus de confiance ayant pour objet non l'immeuble, mais la documentation précontractuelle nécessaire à la détermination de son prix de vente.

117. Le cas de la documentation communiquée dans le cadre de la data-room —

La détermination du prix d'acquisition nécessite un audit rigoureux de la documentation relative à l'immeuble par le candidat acquéreur. Pour ce faire, le vendeur lui communique une information exhaustive permettant de faire une offre ferme d'achat au terme de la clôture de la data-room. Dans le cas où la partie s'étant portée candidate à l'acquisition refuserait de restituer cette documentation à l'issue de la négociation, il serait possible de chercher à caractériser l'abus de confiance. Au regard des conditions de mise en œuvre de cette infraction, nous sommes bien en présence du détournement d'un bien quelconque (la documentation inhérente à l'immeuble) remise par l'un des négociateurs en vue d'un usage déterminé (affiner son prix d'acquisition au regard de ces éléments transmis par le vendeur). Les modalités de consultation de la data-room pourraient théoriquement permettre de caractériser l'abus de confiance. En pratique, la documentation n'est consultable que dans des conditions particulières : soit la data-room est physique et dans ce cas les pièces relatives à l'immeuble peuvent être consultées uniquement sous surveillance ; soit elle est numérique et leur dématérialisation s'oppose à toute remise. En tout état de cause, il procède de la nature

¹⁸⁵ En ce sens : S. JACOPIN, « Le début d'une évolution sur la nature de la chose susceptible d'appropriation frauduleuse », *DP*. 2001, chron. 16, p. 452.

même du recours à la data-room de s'opposer à toute forme de remise volontaire et ainsi à toute qualification de l'infraction, laquelle érige cet élément en condition de sa mise en œuvre.

Dans le même sens, il nous faut à présent traiter les infractions pénales fondées sur une atteinte à la loyauté lors des rapports précontractuels et voir si celles-ci ont plus de chance d'entraîner un engagement de la responsabilité pénale des négociateurs.

II : Les manœuvres contraires à la loyauté visant à influencer la conclusion du contrat

118. Des infractions de corruption, de faux et usage de faux — Au-delà d'une qualification délictuelle de la faute, les manœuvres contraires à la loyauté sont susceptibles d'être considérées au regard du droit pénal comme constitutives d'une infraction. Il s'agira alors pour l'une des parties de chercher à influencer la conclusion du contrat en bafouant cette loyauté par la commission d'une infraction qui pourra être le recours au faux et usage de faux (A) ainsi qu'à la corruption (B).

A : Du Faux et usage de faux lors de la procédure de data-room

119. Le faux et usage de faux lors de la procédure de data-room — Les articles 441-1 à 441-6 du Code pénal traitent de l'infraction du faux et d'usage de faux. Il est alors opéré *un distinguo* entre le faux ordinaire, successeur de l'ancien faux en écriture privée (de commerce ou de banque), et les faux particuliers visant un document administratif ainsi que l'écriture publique. Nous ne traiterons ici que du faux et de son usage pris dans leur sens ordinaire et appliqués à la phase précontractuelle. En ce sens, nous nous focaliserons sur la problématique des avant-contrats fictifs établis dans le but d'influencer la partie victime de cette manœuvre et la pousser ce faisant à conclure le contrat. Il nous faudra étudier d'une part le régime du faux ordinaire (1) pour voir par la suite si cette infraction est compatible avec la phase précontractuelle comprise dans l'opération de cession sur data-room projetée par les parties (2).

1 : Le régime du faux ordinaire

120. Les éléments nécessaires à la qualification de l'infraction — L'article 441-1 dispose en matière de faux que « *constitue un faux toute altération frauduleuse de la vérité, de nature à causer un préjudice et accomplie par quelque moyen que ce soit, dans un écrit ou tout autre support d'expression de la pensée qui a pour objet ou qui peut avoir pour effet d'établir la preuve d'un droit ou d'un fait ayant des conséquences juridiques* ». Dans le cas où cette infraction viendrait à être constatée, la sanction prévue est une peine de trois ans d'emprisonnement ainsi que 45 000 euros d'amende. Au regard de cette disposition, cinq éléments constitutifs doivent nécessairement être réunis en vue de caractériser l'infraction.

121. Les éléments matériels de l'infraction de faux et usage de faux — L'infraction nécessite tout d'abord un écrit de toute nature, à savoir manuscrit ou dactylographié. L'utilisation du terme « support d'expression de la pensée », permet une adéquation de cet article aux nouveaux modes d'expression de la pensée introduits par une dématérialisation de leur support : tous les supports informatiques sont ainsi inclus. Pour caractériser le faux, il faut ensuite être en présence d'un document valant titre, c'est-à-dire un écrit pourvu d'une valeur juridique dont l'objet est de faire reconnaître un droit. Ce document doit obligatoirement comprendre une altération de la vérité. Il s'agit là de l'élément matériel de l'infraction ; celui-ci peut procéder d'une fausse signature, de la contrefaçon d'une écriture par imitation, de la supposition de personne, de la constatation de faits erronés, mais présentés comme véridiques, ou encore de la fabrication de fausses conventions. À ce stade, il faut faire la distinction entre les faux intellectuels consistants en la rédaction d'un document dont les énonciations sont contraires à la vérité (caractérisés de cette manière par des mensonges ou des omissions), et les faux matériels qui résultent de la fabrication d'un document ou de son altération. Dans les deux cas, l'altération de la vérité n'est punissable que lorsqu'elle porte sur la substance de l'acte, excluant ainsi les questions accessoires ou secondaires. Le préjudice est ici entendu de façon large en ce sens qu'il peut être actuel ou éventuel. Dans certains actes celui-ci est présumé ; il en est ainsi lorsque le faux porte atteinte à la confiance publique et à l'ordre social (sont ici visés les faux en écriture publique ou authentiques), mais également les écritures de commerce, les registres et les écritures comptables. Dans les cas où le préjudice ne

résulterait pas de la nature de l'acte, celui-ci devra être prouvé. Tel sera le cas pour les simples lettres ou les missives.

122. L'élément moral du faux et usage de faux — Le Code pénal exigeant une altération « frauduleuse », l'intention coupable est donc nécessaire. Le faux n'est alors établi que s'il y a une conscience de l'altération de la vérité.

2 : Hypothèses de qualification du faux et usage de faux lors de la procédure de data-room

123. Les hypothèses d'application de l'infraction à la procédure de data-room — Deux hypothèses peuvent être envisagées dans le présent cas. Il s'agit d'une part de la falsification par le vendeur d'une partie de la documentation précontractuelle communiquée aux candidats-acquéreurs via la data-room ; et d'autre part de la falsification d'un des contrats préparatoires qui pourra être invoqué par l'une des parties en vue d'obtenir la réalisation d'un avantage non prévu par la convention authentique.

124. L'hypothèse de la falsification de la documentation précontractuelle — La data-room a pour objectif de permettre aux candidats-acquéreurs d'affiner leur prix de vente (sur la base d'un ensemble de pièces inhérentes à l'immeuble) et de présenter à sa clôture une offre d'achat ferme. En ce sens, le vendeur pourrait faire artificiellement gonfler la valeur de son immeuble en présentant de faux documents. Un ensemble de pièces est alors susceptible d'être falsifié en vue de satisfaire à cet objectif qui peut être réalisé selon deux axes différents. Le premier tient en une modification fautive de pièces utilisées pour déterminer directement cette valeur. En effet, les méthodes financières fonction du revenu de l'immeuble utilisées lors de sa valorisation consistent à capitaliser les revenus induits par celui-ci au titre des baux. Or, falsifier des baux en présentant des valeurs locatives supérieures à la réalité permet de faire augmenter mathématiquement la valeur de l'immeuble et donc son prix d'acquisition. Le deuxième axe est relatif à la notion de risque opérationnel. Sa maîtrise par les candidats acquéreurs les apprécier chacune des composantes de l'immeuble au regard des normes juridiques qui y sont afférentes. Pour illustrer notre propos, prenons l'exemple d'une absence de validité des autorisations d'exploitation commerciale. Une non-conformité ne s'oppose pas

directement à la vente ; elle vient cependant obérer très fortement la valeur de l'immeuble dès lors que l'acquéreur acceptera de prendre ce risque à sa charge lors du transfert de propriété. Une falsification de ce document aura pour finalité de présenter une situation dépourvue de risque (alors que celui-ci est pourtant bien réel), ce qui aura ici encore pour conséquence de gonfler artificiellement la valeur de l'immeuble. Ces cas d'espèce sont théoriquement possibles dès lors que matériellement rien ne s'y oppose. Ils ne se sont cependant jamais produits dans la cadre d'une procédure de data-room. Cela se comprend aisément au regard de la qualité de la partie venderesse, souvent professionnelle de l'immobilier ou de l'investissement. Pour son auteur, la révélation de la commission de faits de cette nature serait synonyme de disqualification instantanée sur le marché.

125. La falsification des contrats préparatoires encadrant les pourparlers —

Durant la phase des pourparlers, les parties sont amenées à conclure un ensemble de contrats préparatoires dont le but est d'encadrer les relations précontractuelles. Il s'agit de voir ici la falsification par une partie d'une de ces conventions en vue d'obtenir de l'autre un avantage indu. Comme le rappelle M. Mazeaud, « *les avant-contrats sont affectés de plusieurs vices liés à leur insécurité, incohérence et imprévisibilité favorisant la réalisation d'acte délictueux* »¹⁸⁶. Bien que discrète en la matière, la jurisprudence a cependant traité un cas d'espèce dans lequel un avant-contrat falsifié a été utilisé par l'une des parties à la négociation en vue d'obtenir par la suite un avantage. En ce sens, il convient de se référer à l'arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation en date du 17 janvier 2007¹⁸⁷. En l'espèce, une des parties, footballeur professionnel, avait exigé de la part de son club qui venait de le recruter le versement d'une prime de transfert qu'il estimait lui être due dans la mesure où elle avait été entérinée par l'un des contrats préparatoires précédant son arrivée au sein du club. Suite à une expertise, il a été démontré devant les juges du fond que ce document était un faux matériel. Cependant, si l'avant-contrat était bien un faux, la malversation semblait ici avoir été le fait non du joueur, mais d'un intermédiaire représentant ses intérêts. Bien que l'utilisation d'un document falsifié

¹⁸⁶ D. MAZEAUD, « Mystères et paradoxes de la période précontractuelle », in *Le contrat au début du XXI^e siècle : Étude offerte à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 637 et s.

¹⁸⁷ Cass. crim., 17 janvier 2007, n° 06-85456, *Les cahiers de droit du sport*, 2007, n° 8, p. 141.

soit punissable en soi¹⁸⁸, le joueur a contracté au profit du club dans la croyance de l'exactitude du support ; de telle sorte que son consentement a bien été influencé. Sur la base de cette jurisprudence, imaginons que la malversation tenant à la falsification de l'avant-contrat ait été non le fait d'un intermédiaire, mais du club ; il aurait été possible de retenir l'usage de faux et donc de caractériser l'infraction (notamment sa nature intentionnelle).

Il est donc possible de retenir la responsabilité pénale des parties à la négociation sur le fondement de cette infraction. Transposer cet exemple à la procédure de data-room nous impose de considérer la falsification de la lettre de confidentialité ou de la lettre d'intention par l'une des parties. Pour les mêmes raisons que celles évoquées au regard de la falsification d'un avant-contrat, la pratique n'a jamais eu à connaître de tels faits.

B : La corruption active et passive dans le secteur privé et la procédure de data-room

126. La corruption active et passive dans le secteur privé et de ses conditions de mise en œuvre dans le cadre des pourparlers — Suite à la loi du 4 juillet 2005 issue de la transposition de la décision-cadre du 22 juillet 2003¹⁸⁹, les incriminations de corruption active et passive de personnes n'exerçant pas une fonction publique ont été introduites dans le Code pénal aux articles 445-1¹⁹⁰ et 445-2¹⁹¹. De façon liminaire, nous précisons que nous excluons

¹⁸⁸ En ce sens, voir : Cass. crim., 5 mars 1990, *DP*. 1990, p. 247, « celui qui a fait usage du document falsifié est punissable quand bien même il n'en serait pas l'auteur ».

¹⁸⁹ Décision-cadre du 22 juillet 2003 n° 2003-258.

¹⁹⁰ L'article 445-1 du Code pénal dispose qu' « est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende le fait, par quiconque, de proposer, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, à une personne qui, sans être dépositaire de l'autorité publique, ni chargée d'une mission de service public, ni investie d'un mandat électif public exerce, dans le cadre d'une activité professionnelle ou sociale, une fonction de direction ou un travail pour une personne physique ou morale ou pour un organisme quelconque, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques, pour elle-même ou pour autrui, pour qu'elle accomplisse ou s'abstienne d'accomplir, ou parce qu'elle a accompli ou s'est abstenue d'accomplir un acte de son activité ou de sa fonction ou facilité par son activité ou sa fonction, en violation de ses obligations légales, contractuelles ou professionnelles. Est puni des mêmes peines le fait, par quiconque, de céder à une personne visée au premier alinéa qui sollicite, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques, pour elle-même ou pour autrui, pour accomplir ou avoir accompli, pour s'abstenir ou s'être abstenue d'accomplir un acte visé audit alinéa, en violation de ses obligations légales, contractuelles ou professionnelles ».

de notre périmètre de travail le trafic d'influence et la corruption publique ; nous ne nous focaliserons que sur les comportements des parties à la négociation, en ce que ceux-ci peuvent induire l'engagement d'une responsabilité pénale¹⁹². Il convient donc de voir d'une part le régime de la corruption active et passive dans le secteur privé (1) et d'autre part ses conditions de mise en œuvre dans le cadre de la procédure de data-room (2).

1 : Le régime de la corruption

127. Les conditions de mise en œuvre de la corruption — Les infractions de corruption active et passive tendent de façon générale à incriminer la rémunération ayant pour but l'accomplissement ou l'abstention d'acte, elles condamnent tant celui qui agit que celui qui rémunère ou celui qui est rémunéré. Cette infraction est punie d'une peine pouvant aller jusqu'à cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende.

128. L'importance de la qualité du corrupteur, du corrompu et du bénéficiaire — Le Code pénal ne requiert aucune qualité particulière du corrupteur. Il peut donc s'agir tant d'une personne physique que d'une personne morale. Concernant la personne corrompue, celle-ci doit être une personne ne présentant pas la qualité d'agent public au sens de l'article 445-1 du Code pénal, faute de quoi nous basculerions dans la corruption d'agent public. Ainsi, n'entrent pas dans le champ de cette infraction les personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public. De plus, l'agent doit exercer une activité liée au secteur privé, mais il n'est pas nécessaire que la personne corrompue se

¹⁹¹ L'article 445-2 du Code pénal dispose qu'« est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende le fait, par une personne qui, sans être dépositaire de l'autorité publique, ni chargée d'une mission de service public, ni investie d'un mandat électif public exerce, dans le cadre d'une activité professionnelle ou sociale, une fonction de direction ou un travail pour une personne physique ou morale ou pour un organisme quelconque, de solliciter ou d'agréer, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques, pour elle-même ou pour autrui, pour accomplir ou avoir accompli, pour s'abstenir ou s'être abstenue d'accomplir un acte de son activité ou de sa fonction ou facilité par son activité ou sa fonction, en violation de ses obligations légales, contractuelles ou professionnelles».

¹⁹² Le trafic d'influence actif prévu à l'article 432-1 du Code pénal et le trafic d'influence passif prévu à l'article 432-11 du même code sont des délits de corruption visant à recevoir des dons en vue de favoriser les intérêts d'une personne physique ou morale auprès des pouvoirs publics.

trouve dans un lien de subordination à l'égard de son employeur. Enfin, il est exigé que le bénéficiaire de l'infraction profite à un tiers, entendu ici comme une personne physique ou morale ou encore un organisme quelconque.

129. La caractéristique principale de l'acte de corruption — La caractéristique principale de l'infraction de corruption réside dans le fait que l'agent corrupteur adresse au corrompu une proposition de nature corruptrice. La Cour de cassation laisse un large pouvoir d'appréciation aux juges du fond en la matière¹⁹³. Cette proposition vise à l'obtention d'une contrepartie en échange de l'accomplissement ou de l'inaccomplissement d'un acte. Il faut préciser que la corruption privée est une infraction formelle : le simple fait de formuler une proposition dont la nature corruptrice est avérée suffit à la caractériser. L'acceptation de cette proposition ou son retrait par la suite restent sans incidence sur la qualification délictuelle. La sollicitation à laquelle la personne cède doit être de nature corruptrice ; elle se caractérise par l'attente d'un avantage indu en contrepartie de la sollicitation dont elle fait l'objet. La corruption privée étant une infraction de nature informelle, le simple fait d'accepter la sollicitation suffit à la consommer. Par voie de conséquence, la non-exécution du pacte de corruption ou le renoncement à l'avantage indu sont sans incidence sur sa caractérisation. Il faut par la suite que l'agent corrompu réalise ou omette de réaliser un acte de sa fonction, en violation de ses obligations légales, contractuelles ou professionnelles.

130. La condition d'antériorité — La condition d'antériorité du pacte de corruption n'est plus exigée depuis l'insertion dans le Code pénal de l'article 445-1. En faisant référence à l'expression « *à tout moment* », le législateur a entendu montrer qu'il n'était pas nécessaire que l'acte ou l'abstention rémunérés aient été précédés d'un accord entre le corrupteur et le corrompu. Sous l'empire de la loi antérieure, il semblait donc impossible de retenir la corruption pour des faits commis durant la période précontractuelle, sauf à ce que l'avant-contrat soit constitutif d'un de ces pactes. Cette exigence à présent supprimée, il est loisible de rechercher la responsabilité pénale d'une des parties à la négociation sur le fondement de cette infraction.

¹⁹³ Cass. crim., 11 février 2004, n° 01-81458, *inédit*.

131. La condition relative aux avantages obtenus — Par l'emploi de l'expression « *avantages quelconques* », le champ d'application de la corruption peut s'avérer très vaste au regard de la contrepartie attendue à l'issue de la sollicitation. Elle peut porter sur un présent en nature de formes diverses, allant de la remise d'argent aux contreparties en nature ou encore à la promesse de l'amélioration d'une situation professionnelle. Il importe peu que l'agent corrompu soit le bénéficiaire personnel de ces avantages; ceux-ci peuvent être destinés à des tiers sans pour autant faire obstacle à la qualification de l'infraction.

132. L'élément moral de la corruption — En plus d'un dol général, la corruption privée nécessite la preuve d'un dol spécial, impliquant de démontrer que les faits de corruption n'ont pas seulement pour résultat, mais pour but la réalisation ou l'abstention d'un acte dans la fonction de la personne corrompue.

2 : Hypothèses de qualification de la corruption lors de la procédure de data-room

133. La corruption et la procédure de data-room — La nature concurrentielle de la procédure de data-room peut favoriser le recours à la corruption. En choisissant discrétionnairement son futur contractant, le vendeur s'engage implicitement à traiter tous les candidats-acquéreurs de façon équitable et ce, aussi bien dans la communication des données inhérentes à l'opération que dans les relations entretenues avec chacun d'eux. En ce sens, il ne doit en privilégier aucun au détriment des autres, sous peine de vicier la logique de concurrence qui présuppose que chacun se batte à armes égales. Au regard de l'enjeu de l'opération ainsi que des sommes investies lors de l'audit, il est possible que l'un des candidats cherche à s'assurer la primauté de l'opération par le biais d'un avantage proposé au vendeur. À notre sens, ces manœuvres qui ne relèvent que du candidat (dès lors qu'il est peu probable que le vendeur rémunère un candidat-acquéreur pour que celui-ci achète son immeuble) peuvent se produire de deux façons. Nous pouvons dans un premier temps nous référer à l'hypothèse classique dans laquelle un candidat rémunère le vendeur soit en nature, soit en lui consentant un avantage permettant de caractériser l'infraction de corruption. Dans un second temps, nous pouvons penser à la rémunération d'un tiers, intervenant dans le cadre d'une mission de conseil auprès du vendeur lors de l'opération de cession.

134. Quid de la rémunération du vendeur en cas de corruption ? — La rémunération directe du vendeur par l'acquéreur est contraignante à mettre en œuvre et au final assez peu pratique. En effet, la société venderesse devra impérativement justifier dans ses comptes de la provenance d'une forte somme d'argent, surtout si elle est soumise à une obligation de certification de ses comptes par des commissaires indépendants. Il sera alors plus simple de faire intervenir une structure tierce qui, sur proposition du vendeur, viendra conseiller l'un des candidats à l'acquisition. Lorsqu'elle n'est pas fictive, la rémunération de cette mission de conseil ne présentera aucun intérêt pour le candidat potentiel, hormis d'être le moyen d'acheter la complicité du vendeur, permettant ainsi de donner au versement du capital une justification légale.

Peu importe alors que la structure de conseil soit détenue légalement par la société venderesse (qui pourra ainsi remonter tout à fait légalement ses capitaux dans son chiffre d'affaires) ou qu'elle appartienne à un tiers, puisque l'avantage qui lui sera ainsi consenti entraînera la qualification de corruption. En effet, il n'est pas nécessaire que l'avantage profite directement au corrompu.

Partant, une telle situation n'a jamais été portée devant les tribunaux. La Cour de cassation a quant à elle jugé que le recours à un conseil rémunéré au taux habituel de la profession et ayant permis de faciliter la conclusion du contrat peut être licite sans être systématiquement synonyme de corruption¹⁹⁴.

III : L'utilisation de la violence en vue de forcer la conclusion du contrat

135. La définition de la « violence » — Dans son acception commune, la notion de violence peut être définie comme un état ou une force intense conjuguée à l'idée de destruction. Elle caractérise également une situation appréhendée comme l'usage d'un comportement caractérisant un abus de force, et ce, dans le but de contraindre une personne contre sa volonté¹⁹⁵. Dans son acception juridique, ce terme de violence ou plus exactement de

¹⁹⁴ Voir en ce sens : Cass. crim., 5 novembre 2003, n° 08-85513, *inédit*.

¹⁹⁵ Yves Michaud décrit la violence comme étant « *une situation d'interaction entre un ou plusieurs acteurs qui agissent de manière directe ou indirecte, massée ou distribuée, en portant atteinte à un ou plusieurs autres, à des degrés variables, soit dans leur intégrité physique, soit dans leur intégrité morale, soit dans leurs possessions,*

« violences » renvoie à un ou plusieurs actes traduisant l'agressivité et la brutalité de l'homme contre ses semblables et leur causant des lésions ou des traumatismes plus ou moins graves. Dans ses articles 222-7 à 222-18, le Code pénal utilise le terme générique de violence pour désigner l'ensemble des infractions constituant une atteinte à l'intégrité des personnes. Le droit privé élargit l'incrimination à travers les dispositions de l'article 1112 du Code civil, en retenant que la violence se caractérise par la contrainte exercée sur la volonté d'une personne pour la forcer à contracter. En ce sens, elle peut motiver l'annulation de l'acte ou du contrat lorsque le consentement a été extorqué sous l'empire de la crainte.

136. Les infractions induisant l'usage de la violence lors de la négociation — Au préalable, il est à préciser que nous ne traiterons ici de la notion de violence que sous son angle pénal. Nous excluons donc du champ de notre étude la notion de violence appréciée d'un point de vue civiliste, c'est-à-dire constitutive d'un vice du consentement. A l'occasion de la négociation initiée dans le cadre de la procédure de data-room, plusieurs infractions relevant de l'usage de la violence sont susceptibles d'être commises par les parties. La première, qui est l'extorsion, renvoie à l'idée de l'usage de la violence physique par l'une des parties en vue de contraindre l'autre (**A**). La seconde a trait au chantage, forme d'extorsion caractérisée par l'usage de la violence morale (**B**).

A : L'extorsion lors de la procédure de data-room

137. Les conditions de mise en œuvre de l'extorsion — De façon liminaire, il convient de différencier l'extorsion et le vol commis avec violence. En effet, l'extorsion présuppose une remise volontaire de la chose par la victime sous la contrainte de violence ou de menace. Par opposition au vol commis avec violence, il est ici nécessaire que la victime se dessaisisse d'elle-même du bien dont l'appropriation frauduleuse est visée. Il convient d'une part d'appréhender le régime de l'extorsion (**1**), pour voir par la suite si les parties à la procédure sont susceptibles d'engager leur responsabilité pénale pour des agissements caractérisant une telle infraction (**2**).

soit dans leurs participations symboliques et culturelles» in Y. Michaud, *Violence et politique*, Paris : Gallimard, coll. « Les essais », 1978, p. 20.

1 : Le régime de l'extorsion

138. La définition de l'extorsion — L'article 312-1 du Code pénal définit l'extorsion comme étant « *le fait d'obtenir par violence, menace ou contrainte, soit une signature, soit un engagement ou une renonciation, soit la révélation d'un secret, soit la remise de fonds, de valeur ou d'un titre quelconque* ». L'extorsion simple est passible d'une peine de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende.

139. Le champ d'application de l'extorsion — La lettre de l'article 312-1 du code précité révèle le champ d'application de l'extorsion, lequel recouvre plusieurs hypothèses. En premier lieu, l'extorsion de signature consiste à forcer une personne à apposer sa signature ou son paraphe sur un document. L'infraction sera alors consommée quand bien même le document resterait par la suite entre les mains de la victime ou qu'il n'en serait pas fait usage. Ensuite, il est fait mention de l'extorsion d'un engagement ou d'une renonciation. Cette infraction vise les documents qui par nature contiennent, selon la formule consacrée, « obligation, disposition ou décharge ». Il s'agit donc des actes juridiques à conséquence pécuniaire : par exemple les contrats, les promesses de vente, les cautions, etc.¹⁹⁶ La révélation d'un secret est le troisième cas d'extorsion prévu par le législateur ; cependant, le mot « secret » n'ayant pas fait l'objet d'une définition spécifique, il faut comprendre ce terme dans son acception la plus large en ce qu'elle englobe tant les secrets professionnels que ceux de la vie privée, mais également le secret des correspondances de la vie privée ou des affaires. Il peut s'agir tant du secret de la victime que de celui d'un tiers dont la victime est le dépositaire. En dernier lieu, il est fait mention de l'extorsion visant à la remise de fonds, de valeurs ou d'un bien quelconque. L'emploi par le législateur des termes « fonds et valeurs » renvoie à l'ensemble des valeurs mobilières, des effets de commerce ainsi que des instruments de paiement. Ainsi, la remise d'une carte de crédit accompagnée de la communication du code secret réalisées sous la violence code entraînent-elles la caractérisation de l'infraction.

¹⁹⁶ Cass. crim., 9 janvier 1991, *Bull. crim.* 1991, n° 17 p. 51. Pour la caractérisation de l'extorsion d'un engagement ou d'une renonciation faisant suite la séquestration d'un inspecteur du travail, dont la libération était soumise à la rédaction d'une lettre par laquelle il s'engageait à ne pas dresser de procès-verbal.

140. La victime de l'extorsion — La victime de l'extorsion d'une signature est toujours son titulaire, personne physique. En revanche, lorsque l'infraction relève d'une contrainte en vue de la remise d'un engagement, d'une renonciation, d'une valeur ou d'un effet, la victime de l'extorsion est la personne qui remet le titre sous la contrainte même si elle n'en est pas la signataire. Pour les personnes morales, par définition insensibles à la violence ou à la contrainte, il est tout de même factuel que celles-ci peuvent être tout aussi exposées à l'extorsion que les personnes physiques. En ce sens, il est prévu aux dispositions de l'article 121-2 du Code pénal qu'une personne morale puisse être reconnue pénalement responsable d'une infraction, y compris d'une extorsion¹⁹⁷.

141. Les moyens de l'extorsion — L'emploi de la violence est le premier moyen retenu par le législateur. Il faut comprendre à travers cette notion l'emploi de tous procédés de contrainte physique visant à priver directement la victime de sa liberté d'action. Un pareil comportement vise à amener la victime à se dépouiller elle-même. Sont ainsi visés les coups et blessures, la séquestration, voire même l'occupation d'un lieu. En second lieu sont visées les menaces de violence. Il n'est donc pas nécessaire qu'elles aient été mises à exécution pour que l'infraction soit retenue : il suffit simplement que la victime ait été menacée pour que l'élément matériel de l'extorsion soit caractérisé¹⁹⁸. Enfin, dès lors que la violence ne saurait être limitée au seul acte physique, il convient d'y adjoindre la contrainte morale. Elle peut être définie comme étant une force irrésistible et extérieure, dominant la volonté de celui qui la subit ou du moins suffisamment puissante pour ôter toute liberté à sa victime. De simples menaces sont de nature à caractériser cet état de contrainte dès lors qu'elles apparaissent comme représentant un danger grave, certain, et imminent soit pour la vie de celui qui les reçoit, soit pour son intégrité physique.

142. L'élément moral de l'extorsion — L'élément moral se déduit de l'intention coupable en ce que l'auteur a conscience d'obtenir par la force, la violence ou la contrainte ce qui n'aurait pas pu être obtenu dans le cas d'un accord librement consenti.

¹⁹⁷ Article 312-15 du Code pénal.

¹⁹⁸ En ce sens, les arrêts de la 9^{ème} Chambre de la Cour d'appel de Paris des 24 février 1986 et 4 mai 1987 qui retiennent la caractérisation de l'élément matériel dans les cas de menaces de faire subir des sévices corporels à un enfant à la sortie de l'école et de menaces faites à la victime de venir l'égorger.

2 : Hypothèses de qualification de l'extorsion lors de la procédure de data-room

143. La procédure de data-room n'est pas propice à la violence — En considération de la procédure de data-room, l'extorsion pourrait procéder de l'usage par l'une des parties de la violence, en vue de forcer l'autre à la conclusion du contrat. En l'absence de remise de la chose, il n'est pas possible de retenir cette infraction. Néanmoins, il est loisible de caractériser la tentative qui peut être sanctionnée sur le fondement des dispositions de l'article 312-9¹⁹⁹ du Code pénal. Le secteur des affaires faisant l'objet de notre travail est cependant exclusif de ce type de comportement. Il n'existe d'ailleurs pas de jurisprudence en la matière illustrant le recours à la force en vue de forcer la conclusion du contrat portant sur le transfert de propriété d'un immeuble par le biais d'une procédure de data-room. Pour expliquer cette absence, il convient de se reporter à la qualité des parties : banques, institutionnels, fonds d'investissements, en somme des professionnels de l'investissement immobilier mues par une logique de maîtrise du risque afférent à l'opération contractuelle. Le recours à la violence relève plus d'un univers mafieux, qui ne correspond en rien au contexte dans lequel les parties à la procédure s'inscrivent. Il ne faut cependant pas considérer la procédure de data-room comme relevant d'un univers aseptisé dans lequel les parties agissent toujours en conformité avec la règle de droit. La mise en concurrence des candidats-acquéreurs ainsi que l'enjeu financier sous-jacent à la cession peuvent générer de la part des négociateurs des comportements blâmables et contraires à la norme juridique. Ces agissements, aussi punissables qu'ils soient, sont néanmoins plus subtils qu'une extorsion de signature sous une menace physique.

B : La violence morale et le cas spécifique du chantage

144. La définition de la violence morale — Le recours à la violence ne présuppose pas toujours l'emploi de la force brute ou de la contrainte physique. Il est en effet possible de

¹⁹⁹ L'article 312-9 du Code pénal dispose que « *la tentative des délits prévus par la présente section est punie des mêmes peines. Les dispositions de l'article 311-12 sont applicables aux infractions prévues par la présente section* ».

recourir à la violence morale pour obtenir la remise de la chose. Il ne s'agit plus alors de porter atteinte, tenter de porter atteinte ou menacer de porter atteinte à l'intégrité physique de la victime. Il est ici question de faire peser sur cette dernière un poids, de la maintenir dans un état de soumission mentale procédant de la crainte pour elle de se voir atteinte dans son honneur ou dans sa réputation par la révélation de faits. Dans ce type de cas, il conviendra alors de retenir la qualification de chantage. Le législateur cite cette notion en tant que variété d'extorsion à travers les dispositions de l'article 312-10 du Code pénal, qui la définit comme « *le fait d'obtenir, en menaçant de révéler ou d'imputer des faits, de nature à porter atteinte à l'honneur ou à la considération, soit une signature, un engagement ou une renonciation, soit la révélation d'un secret, soit la remise de fonds, de valeurs ou d'un bien quelconque* ». Le but poursuivi est bien similaire à celui procédant de la lettre de l'article 312-1 du Code pénal relatif à l'extorsion, l'élément moral étant alors la volonté ou la conscience pour l'agent d'utiliser des menaces illégitimes en vue d'obtenir indument la remise d'une chose. Il nous faudra appréhender l'emploi de la menace en tant que variété particulière d'extorsion disposant d'un mode opératoire qui lui est propre (1), puis voir si cette infraction est applicable dans le cadre de la procédure de data-room (2).

1 : Le régime de la violence morale

145. L'emploi d'un moyen : la menace — À la lecture de l'article 312-10 du Code pénal, il apparaît que le moyen utilisé dans le chantage consiste à menacer de révéler ou d'imputer des faits portant atteinte à l'honneur ou à la considération. Cette menace se doit d'être certaine, peu important qu'elle soit effectuée par écrit ou par oral. De plus, elle peut être adressée soit à la victime soit à un tiers, dès lors que la croyance en la révélation du fait peut être de nature à porter atteinte à son honneur ou à sa considération. Il faut enfin que cette menace soit antérieure à la révélation puisque les faits ayant déjà fait l'objet d'une révélation la font disparaître. À noter toutefois que si les faits ont été divulgués à faible échelle, s'ils sont tombés dans l'oubli ou encore qu'ils ont été révélés, mais qu'aucun crédit ne leur a été apporté, la menace tendant en leur diffusion peut caractériser l'infraction.

146. La révélation — Pour que l'infraction puisse être matérialisée, il faut que la révélation porte sur des faits d'une certaine précision. Dans le cas où un maître chanteur

viendrait à procéder par le biais d'insinuations, la jurisprudence considère qu'il y a chantage seulement dans le cas où il n'existait pas de doute, chez la victime, quant aux faits que l'agent menace de révéler.

147. Un fait de nature à porte atteinte à l'honneur ou à la considération — Il importe peu pour les juges du fond que les faits (dont la révélation constitue la menace pour la victime) soient ou non exacts pour caractériser l'infraction puisque seuls comptent les faits de nature à porter atteinte à l'honneur ou à la considération de la victime, à sa probité ou encore à sa position sociale.

2 : Hypothèses de qualification du chantage lors de la procédure de data-room

148. La procédure de data-room n'est pas un environnement propice au chantage — Nous reprendrons ici la même analyse que celle développée en matière d'extorsion. Si théoriquement, il est possible de commettre une infraction de chantage à l'occasion de la phase précontractuelle afférente à la procédure de data-room, les tribunaux n'ont jamais eu à connaître en pratique de tels faits.

Après avoir vu les infractions susceptibles d'engager la responsabilité pénale des parties lors de la négociation, il convient d'apprécier celles susceptible de se révéler lors de sa rupture.

§2 : L'engagement de la responsabilité pénale lors de la rupture des pourparlers

149. La liberté de rompre unilatéralement les pourparlers — Au nom du droit de rompre unilatéralement les pourparlers, les parties sont libres de décider de ne pas poursuivre plus en amont les négociations, et ce à tout moment. La responsabilité civile délictuelle vient cependant encadrer cette faculté afin d'éviter l'abus d'un des négociateurs. Néanmoins, il est également possible pour l'auteur de la rupture d'engager sa responsabilité pénale dès lors que celle-ci peut être analysée comme constitutive d'une infraction.

150. La rupture pour motif discriminatoire caractérise la commission d’une infraction pénale lors de la rupture des pourparlers — Il appartient aux juges du fond de contrôler les motifs invoqués lors de la rupture. Si ceux-ci peuvent être constitutifs d’une faute permettant de qualifier l’abus dans le droit de rompre, ils peuvent également mettre en lumière la commission d’une infraction pénale : la rupture pour motif discriminatoire.

Partant, il nous faut dans un premier temps analyser la notion de discrimination à travers le prisme du droit pénal (**I**), puis voir si la procédure de data-room est un terrain favorable à la commission d’une telle infraction (**II**).

I : La faute pénale lors de la rupture : la discrimination

151. La notion de discrimination - Nous verrons ici successivement la notion de discrimination entendue dans son sens général (**A**), puis celle appréciée en tant que concept juridique (**B**).

A : La définition de la discrimination

152. La discrimination en tant que distinction illégitime entre deux groupes d’individus — Au sens commun du terme, la notion de discrimination doit être comprise comme étant l’action d’opérer une distinction illégitime entre plusieurs individus, en raison de leur appartenance à des groupes sociaux distincts. Cette action aboutit à une ségrégation des individus en fonction de leur groupe de référence, et basée sur différents critères tels que l’appartenance à une ethnie, la religion, le genre sexuel ou la couleur de peau.

B : La discrimination en tant que concept juridique

153. Le régime de la discrimination — Introduit dans la seconde moitié du XX^e siècle, le concept juridique de « discrimination sociale » a entraîné la mise en place d’une politique étatique dont le mot d’ordre était « l’égalité des chances ». Dans un contexte sociétal évoluant vers une généralisation des mécanismes concurrentiels, il s’agissait alors de reconnaître que certains groupes sociaux bénéficiaient d’une inégalité de chance avec le reste

de la population, et ce, malgré l'égalité de droit dont ils jouissaient. La traduction juridique de cette situation a engendré d'une part la condamnation pénale d'un certain nombre de traitements discriminants pris au niveau non du groupe, mais de l'individu ; et d'autre part des politiques de « discriminations positives », visant à rééquilibrer les chances entre les groupes. Ainsi, l'article 225-1 du Code pénal définit-il la discrimination comme étant « *toute distinction opérée entre les personnes physiques à raison de leur sexe, de leur situation de famille, de leur grossesse, de leur appartenance physique, de leur patronyme, de leur état de santé, de leur handicap, de leurs caractéristiques génétiques, de leurs mœurs, de leur orientation sexuelle, de leur âge, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales, de leur appartenance ou de leur non-appartenance vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée* ». Le deuxième alinéa de cet article vise la personne morale, qui peut être victime de discrimination sur les mêmes motifs que la personne physique. La commission de cette infraction est punie d'une amende de 45 000 euros et trois ans d'emprisonnement. Elle peut être portée à 75 000 euros et cinq ans d'emprisonnement lorsqu'elle est commise dans un lieu recevant du public²⁰⁰.

II : La mise en œuvre de la responsabilité pénale lors de la rupture fautive

154. La sanction de la discrimination lors de la rupture — Il nous faudra voir dans un premier temps le contrôle des motifs de la rupture tel qu'il est effectué par les juges du fond (A), puis dans un second temps la mise en œuvre de la discrimination lors de la rupture dans le cadre spécifique de la procédure de data-room (B).

A : Le contrôle des motifs de la rupture par les juges du fond

155. L'appréciation des motifs de la rupture par les juges du fond — Les tribunaux contrôlent d'abord l'existence des motifs présidant à la rupture des pourparlers ; puis ils s'attachent à leur légitimité au regard de l'abus du droit de rompre unilatéralement les pourparlers, fondement de la responsabilité délictuelle précontractuelle. Au regard de ce contrôle, il sera possible de passer du terrain de la responsabilité délictuelle à celui de la

²⁰⁰ Article 225-2 du Code pénal.

responsabilité pénale. Cette situation se rencontrera lorsque le motif invoqué sera jugé comme étant discriminatoire. Tel est par exemple le cas en matière de vente immobilière, lorsque le vendeur décide de rompre les pourparlers et par conséquent de ne pas vendre en considération de l'origine du futur acquéreur²⁰¹.

B : La sanction de la rupture et la discrimination lors de la procédure de data-room

156. La procédure de data-room n'est pas un terrain propice à la discrimination — La procédure de data-room est mise en place entre des entités, personnes morales, candidates à la vente de l'immeuble. Dès lors que l'infraction de discrimination peut être retenue indifféremment pour les personnes physiques et morales, il convient d'apprécier si celle-ci peut être mise en œuvre dans le cadre de la data-room.

En l'espèce, rien n'empêche pour la partie qui se sent discriminée de demander réparation de ce préjudice devant les tribunaux ; cependant, ce recours n'a pas encore trouvé de concrétisation dans la pratique. Cette situation se conçoit au regard de la qualité des parties, professionnels aguerris de l'investissement immobilier, souvent mondialistes dans leur approche du commerce. En effet, quel est l'intérêt pour un investisseur qui souhaite vendre un actif immobilier de choisir son cocontractant à raison de son orientation religieuse ou de son ethnie ? Dans ce type d'opération, seule compte la logique de rentabilité de l'opération qui par essence est dépourvue de telles considérations. En ce sens, la discrimination a plus vocation à être un outil de sanction des motifs de rupture pour les personnes physiques que pour les personnes morales, a fortiori lorsque ces motifs sont appréciés dans le contexte d'une opération de cession-acquisition.

Après avoir vu les infractions pénales susceptibles d'être retenues aux différents stades de la négociation, il nous faut à présent nous demander s'il est possible de considérer la responsabilité pénale comme un facteur de risque juridique pour les parties au regard de la procédure de data-room.

²⁰¹ Voir en ce sens : CA Besançon, 27 janvier 2005, *D.* 2006, p. 357, note C. Paulin : Pour un refus de vendre à raison de l'origine du candidat-acquéreur ; Cass. crim., 20 janvier 2004, n° 02-88375, *inédit* : Rupture des pourparlers portant sur des contrats d'embauche de deux personnes dont l'une à raison de son appartenance à « une famille issue de l'immigration ».

§3 : L'évaluation du risque tenant à l'engagement de la responsabilité pénale précontractuelle

157. La pénétration théorique de la loi pénale lors de la négociation n'est pas en pratique un risque juridique réel — Après avoir identifié les différentes possibilités d'engagement de la responsabilité pénale des parties lors de la procédure de data-room, force est de reconnaître que la règle pénale n'est pas à proprement constitutive d'un risque juridique. Certes, l'ampleur de la sanction pénale est sans commune mesure avec celle prévue par la responsabilité civile délictuelle. En ce sens, il existe bien un risque théorique, pour les parties, de se voir condamner en raison de la commission d'une faute pénale. Cependant, l'analyse de la jurisprudence appréciée au regard des pourparlers illustre une quasi-absence de contentieux pénal. Ainsi, constate-t-on que s'il existe théoriquement un risque juridique tenant à l'engagement de la responsabilité pénale lors de la procédure de data-room, celle-ci n'est pas recherchée en pratique **(I)** ; cela se comprend au regard de la nature même de la procédure de data-room **(II)**.

I : Un contentieux pénal inexistant ...

158. la finalité de l'action explique l'absence de contentieux lors des pourparlers initiés dans le cadre de la procédure de data-room — L'inexistence du contentieux pénal au stade des pourparlers dans le cadre de la procédure de data-room illustre que la pénétration de la loi pénale est un facteur de risque très ténu pour les parties **(A)**. Cette situation trouve sa justification principale dans la finalité de l'action pénale **(B)**.

A : L'inexistence du contentieux pénal précontractuel

159. L'absence de jurisprudence pénale relative à la négociation initiée lors de la procédure de data-room — Il ressort de cette analyse que le droit pénal propre à la période précontractuelle est constitué d'un ensemble d'infractions très hétérogènes et animées par le souci de protection tant des personnes²⁰² que des biens²⁰³. Au cours du processus de

²⁰² Livre II du Code pénal.

négociation initié par les parties, plusieurs infractions pénales sont susceptibles de venir sanctionner le comportement des négociateurs agissant de mauvaise foi, de façon déloyale ou encore faisant usage de la violence. Une analyse de la jurisprudence en la matière nous permet de constater le faible nombre de décisions corrélatives à un engagement de la responsabilité pénale lors de la période précontractuelle. L'explication est à rechercher dans la finalité de la sanction pénale, laquelle est destinée à punir des infractions particulièrement graves qui sont caractérisées par des faits matériels intentionnels ; contrairement à la responsabilité délictuelle qui nécessite une simple faute caractérisant la mauvaise foi.

B : La finalité de l'action pénale

160. La loi pénale, vecteur de sanction des agissements les plus graves des parties — Le droit pénal de la période précontractuelle apparaît quelque peu anecdotique. Il risque de le demeurer, sous peine d'être instrumentalisé et détourné de sa finalité en offrant aux négociateurs un moyen de pression. Brandir la menace de l'action pénale en vue d'inciter à la conclusion du contrat ou obtenir une indemnité au regard du principe d'unité des fautes civile et pénale²⁰⁴ présente bien des avantages. Par ailleurs, l'action pénale est susceptible d'être exercée plus rapidement que l'action civile tout en étant plus efficace en raison de la contrainte exercée sur les parties. Enfin, la charge de la preuve ne pèse plus sur les parties, mais sur le ministère public qui dispose en ce sens de pouvoirs exorbitants du droit commun. Il semble alors que le droit pénal doit être réservé au seul traitement des agissements présentant un degré de gravité suffisant ; en aucun cas il ne saurait être un instrument mis au service des parties en vue de leur permettre de réaliser la conclusion du contrat.

II : ... En accord avec l'esprit de la procédure de data-room

161. Une opposition de principe illustrant la faible amplitude du risque juridique — La procédure de data-room peut être le siège de la commission d'une infraction pénale ; cependant, la nature de la procédure ainsi que les parties qui y ont recours s'opposent

²⁰³ Livre III du Code pénal.

²⁰⁴ Voir en ce sens : Cass. civ., 12 juin 1914 in *S.* 1914, I, 249, note Morel.

par principe à la pénétration de cette loi spéciale au sein de la phase des pourparlers (A). Ceci illustre ce faisant le faible risque juridique pris par les parties à la lumière du risque d'engagement de leur responsabilité (B).

A : L'opposition de principe de la procédure de data-room et la procédure pénale

162. La procédure de data-room n'est pas un terrain propice à l'engagement de la responsabilité pénale des parties — Bien que théoriquement rien ne s'oppose à la commission d'une infraction pénale lors des pourparlers initiés dans le cadre d'une procédure de data-room, nous avons pu constater que l'objet même de cette procédure, ses modalités de mise en œuvre ou encore la qualité des parties limitent à ce stade la pénétration de loi pénale. Cela se comprend aisément au regard de la logique de cette procédure qui n'existe qu'en ce qu'elle permet aux parties une prise en compte efficace du risque juridique qu'elle doit permettre de maîtriser. Or, la qualité des parties recourant à l'arbitrage postule pour une maîtrise du risque et non pour une option entre l'engagement de la responsabilité pénale et le risque de ne pas conclure la cession.

B : La sanction pénale : un risque théorique

163. La sanction de l'infraction pénale représente un risque théorique très important, dont l'absence de contentieux illustre la fonction dissuasive — À notre sens, il ne convient pas d'analyser la responsabilité pénale comme un véritable risque juridique. Certes, il existe bien une possibilité théorique de voir la loi pénale pénétrer la phase précontractuelle, mais ce risque qui présuppose de la commission d'une infraction pénale nécessitera toujours la démonstration de l'intention de son auteur. Alors que le possible engagement de la responsabilité délictuelle précontractuelle des parties sera soumise à l'appréciation des juges du fond en l'absence de texte spécifique ; la responsabilité pénale précontractuelle imposera de se référer à la loi et d'apprécier à sa lumière un comportement qui sera sanctionné lorsqu'il est jugé délictueux. En matière pénale, il n'est pas question de chercher à déterminer le comportement le plus opportun entre un risque opérationnel tenant à la non-réalisation de la vente et à une condamnation civile. Bien au contraire, il s'agira de forcer la conclusion du contrat en portant atteinte soit directement à l'autre partie, soit aux

biens de celle-ci. En ce sens, nous ne saurions parler de maîtrise du risque pénale, car l'arbitrage entre l'infraction et la perte de chance de ne pas réaliser l'opération ne peut représenter un choix décent pour les négociateurs. Cependant, force est de constater que la finalité de l'action pénale (tenant en une sanction d'une particulière gravité) suffit à dissuader les parties de commettre des agissements pénalement répréhensibles. En ce sens, la loi pénale remplit la mission qui est la sienne à l'occasion de la procédure de data-room : elle ne permet pas de constituer un moyen de chantage par des conditions de mise en œuvre trop faciles, sans pour autant être un frein à l'activité économique. Elle encadre donc la relation précontractuelle d'affaire des négociateurs *a minima*.

Conclusion du Chapitre 1

Le droit commun de la responsabilité précontractuelle

164. La procédure de data-room n'est pas un obstacle à l'application de la responsabilité précontractuelle — La procédure de data-room ne relève pas d'un régime spécifique de responsabilité précontractuelle. Le droit commun a donc vocation à s'appliquer et à régir les rapports des parties durant toute la phase de négociation. L'étude des aspects juridiques de la période de formation du contrat met en avant le fait que la responsabilité délictuelle s'affirme comme la solution de principe des litiges nés de la rupture des pourparlers. Pour reprendre les propos de J. Schmidt, « *elle joue un rôle moralisateur de la négociation, comme le montre le critère de la faute précontractuelle, confiance légitime trompée* »²⁰⁵. La responsabilité pénale vient quant à elle s'appliquer à la marge dans le but de sanctionner une faute d'une particulière gravité. Dès lors que le comportement d'une des parties permet de qualifier une infraction, sa mise en œuvre relèvera de la casuistique.

165. La responsabilité précontractuelle appréciée en considération du « droit-police » est inadaptée à la procédure de data-room — Cette inadaptation des règles de la responsabilité précontractuelle appréciée à l'occasion de la procédure de data-room procède tant de la mise en œuvre de la responsabilité délictuelle que de la responsabilité pénale des parties. Dans le premier cas, la nature concurrentielle de la négociation s'oppose à la démonstration de la croyance légitime, condition primordiale pour sanctionner la rupture sur le fondement de l'abus de droit²⁰⁶. Dans le second cas, la pénétration de la règle pénale dans la sphère des pourparlers relève de la casuistique et ne vise la sanction que d'un nombre restreint de situations graves ; ce qui ne correspond pas à la réalité pratique de la vente d'un immeuble à travers ce processus. Partant de ce constat, il s'avère que le risque juridique assumé par les parties lors de la négociation est relativement faible. La responsabilité précontractuelle envisagée à la lumière de ce carcan de règles issues du « droit-police » n'est pas suffisante

²⁰⁵ J. SCHMIDT. *La période précontractuelle en droit français*, Op. cit.

²⁰⁶ La notion de croyance légitime conditionne la mise en œuvre de la responsabilité délictuelle précontractuelle. Elle ne peut être démontrée lorsque la procédure est multipartite. Seule l'exclusivité consentie par le vendeur au candidat-acquéreur, expurgeant l'arbitrage de toute concurrence, permet de démontrer son existence.

pour baliser le comportement des négociateurs et protéger les intérêts qui leur seront spécifiques. En ce sens, elle n'est pas compatible avec l'esprit de la procédure de data-room, orientée vers une recherche de sécurité juridique maximale. Il résulte de cet état de fait que les parties se tourneront systématiquement vers une contractualisation de la négociation.

166. La contractualisation des pourparlers, une nécessité au regard de l'impératif de sécurité juridique inhérent à la procédure de data-room — Le recours à la procédure de data-room s'articule autour d'un double impératif de sécurité juridique. Il s'agit d'abord pour les négociateurs d'éviter d'engager leur responsabilité précontractuelle par la commission d'une faute délictuelle ou pénale. Il s'agit ensuite pour eux de s'assurer que leurs partenaires n'en commettent pas une qui serait alors de nature à porter atteinte à leurs intérêts particuliers. Il semble que la responsabilité précontractuelle fonction du « droit-police » ne soit pas en mesure de répondre favorablement à ce double objectif dès lors que ses conditions de mise en œuvre sont difficilement compatibles avec la procédure de data-room.

La sanction de la faute délictuelle sur le fondement de l'abus de droit n'apparaît pas comme constitutive d'une protection suffisante. En outre, elle n'est pas compatible avec la nature multipartite des pourparlers, propre à la procédure de data-room. La responsabilité pénale n'a quant à elle qu'une place résiduelle, eu égard tant à la finalité de la règle de droit pénal qu'à la qualité des parties, professionnels de l'investissement. Ainsi, le recours aux contrats de négociation (que sont les lettres de confidentialité et d'intention) permettra-t-il de pallier cette carence en définissant de façon précise le champ des obligations de chacune des parties ainsi que leurs conditions de mise en œuvre, voire la nature de la sanction prévue en cas de manquement à l'une d'entre elles.

Chapitre 2 : La contractualisation des pourparlers

167. Des « documents contractuels » et de la formation contrat — A la lumière de la pratique contractuelle, il apparaît qu'en termes de volume, la majorité des conventions relevant du droit français s'apparente à des contrats d'adhésion unilatéraux ou bilatéraux. Il n'appartient donc pas aux parties de négocier les conditions de formation du contrat, seule rencontre des volontés²⁰⁷ exigées en la matière pour permettre à la convention d'exister. Cependant, certaines opérations contractuelles, nécessitent pour les négociateurs d'arriver à trouver un point d'entente sur de nombreux éléments avant d'arriver à la conclusion du contrat final. Cet état de fait dépeint une autre réalité où les différents stades de la vie du contrat feront l'objet d'une contractualisation accrue mise au service du contrat final. En ce sens, ce dernier pourra être entouré d'une nébuleuse de « documents contractuels » dont les fonctions seront tantôt de convaincre, lors de la négociation, du bien-fondé de la conclusion du contrat final, tantôt de constater son existence ou bien encore de prouver son exécution. La doctrine ne nous apporte pas de réelle définition permettant de délimiter avec précision les contours de cette notion de « documents contractuels » : à défaut d'un travail de clarification, les auteurs²⁰⁸ procèdent plutôt à une énumération des documents qui en pratique seront les plus couramment utilisés. Ainsi, seront considérés comme tels les bons de commande, les bons de livraison, les factures, les lettres de confirmation ... Loin d'être limitative, cette liste met en lumière la variété particulièrement large de documents auxquels les parties seront susceptibles d'avoir recours. Il est à noter que malgré leur énumération, la jurisprudence ne reconnaît pas à tous ces documents une valeur contractuelle.

Dans le présent travail, nous ne nous intéresserons qu'aux « documents contractuels » utilisés par les parties à l'occasion de la phase de formation du contrat. Il ne sera donc pas fait mention de ceux utilisés en vue de prouver l'existence ou la réalisation du contrat final. Ainsi, durant les pourparlers étudiés dans le cadre restreint de la procédure de data-room, les parties pourront-elles échanger un ensemble hétéroclite de documents visant à encadrer, définir et

²⁰⁷ Voir en ce sens : J.L. AUBERT, *Notion et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, thèse Paris, LGDJ, 1970, n° 319 et s., p. 295 et s. ; G. BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, thèse, Paris, 1973, 2^{ème} éd., LGDJ, 1975, n° 111 et s., p. 64 et s.

²⁰⁸ Voir notamment : J. GHESTIN, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, 3^{ème} éd., LGDJ, 1993, n° 407 et s. p. 364 et s. ; J. SCHMIDT, *Négociation et conclusion de contrat*, éd. Dalloz, 1982, n° 202 et s. p. 98 et s.

fixer les règles afférentes à la phase de formation du contrat final. La valeur contractuelle de ces outils sera plus ou moins admise par la jurisprudence.

168. Les « documents contractuels » permettant l'organisation de la négociation

— Parmi cette catégorie de « documents contractuels », la pratique a formalisé le recours systématique à deux documents spécifiques lors de la négociation afférente à la procédure de data-room : les lettres de confidentialité et d'intention. Elles poursuivent l'objectif de mettre à la charge des parties un ensemble d'obligations portant notamment sur la communication et la confidentialité de l'information transmise. Ces lettres peuvent être analysées comme relevant des « documents préparatoires » que M. Mousseron définit de manière large comme « *tous les documents mis en œuvre pour les besoins de la négociation* »²⁰⁹.

169. Le risque afférent à l'engagement de la responsabilité contractuelle précontractuelle — Pour les parties, l'existence d'un risque portant sur le possible engagement de leur responsabilité contractuelle lors de la phase de formation du contrat est tributaire du régime de responsabilité civile dont relèvent les lettres d'intention et de confidentialité. Dans l'hypothèse où ces documents préparatoires seraient dépourvus de valeur contractuelle, leur usage ne serait pas de nature à induire un risque juridique différent de celui considéré à l'occasion de la responsabilité délictuelle précontractuelle. *A contrario*, dès lors qu'une valeur contractuelle viendrait à leur être reconnue il s'en suivrait indéniablement une pénétration de la responsabilité civile contractuelle dans la phase de la formation du contrat, il nous appartient donc de déterminer la nature de ces documents (**Section 1**), puis d'analyser par la suite les avantages que leur emploi procure aux parties en considération de l'inadaptation des règles de la responsabilité civile délictuelle précontractuelle à la procédure de data-room (**Section 2**).

²⁰⁹ J.M. MOUSSERON, *La durée dans la formation des contrats*, in Études offertes à A. Jauffret, Paris, 1974, spéc. p. 509.

Section 1 : La pénétration de la loi contractuelle dans la négociation

170. La valeur juridique des documents préparatoires échangés lors de la procédure de data-room et les effets s’y rattachant— De façon générale, plus une vente est complexe et plus les parties seront enclines à négocier les conditions de sa réalisation future et à disposer de la preuve du contrat ainsi que son contenu. Lors de la procédure de data-room, le recours à la promesse synallagmatique de vente puis à l’acte authentique participe de cette logique. Ce principe est également présent lors de la phase de négociation durant laquelle les négociateurs éprouveront le besoin de consigner l’engagement de l’un d’entre eux à négocier, de déterminer certaines règles propres à la phase des pourparlers ou encore de formaliser les points sur lesquels un accord aura déjà été trouvé. Ces documents préparatoires peuvent également déterminer à l’avance les obligations des parties en cas d’échec des négociations, notamment au regard des informations communiquées. Ainsi, les parties échangeront-elles divers documents préparatoires dont la valeur contractuelle sera parfois soumise à caution, et qu’il conviendra de déterminer dès lors qu’elle conditionnera par la suite l’application de la responsabilité contractuelle précontractuelle (§1). Par la suite, il nous faudra apprécier les conditions de mise en œuvre de cette responsabilité lors de la phase des pourparlers ainsi que les effets s’y rattachant (§2).

§1 : La valeur juridique des documents préparatoires

171. La notion de « documents préparatoires », leurs contenus, et la valeur reconnue à ceux employés spécifiquement lors de la procédure de data-room - La question de la détermination de la valeur juridique des « documents préparatoires » (que sont les lettres de confidentialité et d’intention) passe nécessairement par une définition de cette notion qui, dans le silence du législateur, se fera d’après la doctrine (I). Une fois cette étude liminaire accomplie, il conviendra de déterminer plus spécifiquement le contenu de ces lettres (II), pour voir enfin la valeur juridique que la jurisprudence leur a reconnue dans le cadre spécifique de la procédure de data-room (III).

I : Les « documents préparatoires », une notion à géométrie variable

172. Vers une définition de la notion de « document préparatoire » - Les documents préparatoires forment un ensemble hétéroclite (A), dont la valeur juridique fluctue en fonction de l'appréciation de ce terme par les différents auteurs (B).

A : Les documents préparatoires, un ensemble hétéroclite

173. L'incertitude des auteurs quant à la valeur juridique des « documents préparatoires » — Lors des pourparlers, les négociateurs peuvent avoir recours à des contrats dont la vocation est de permettre la préparation d'un ultime contrat. Ces contrats préparatoires n'existent que pour permettre la naissance de l'acte final, qui va juridiquement marquer la réalisation de l'opération commerciale recherchée par les parties. Ces conventions de négociation n'apportent pas de remarque spécifique tenant à leur nature contractuelle. Les obligations qu'elles imposent aux parties seront sanctionnées le cas échéant sur le terrain du contrat²¹⁰. À ce stade de la procédure, les parties peuvent cependant être amenées à échanger un ensemble hétéroclite de documents dont la nature contractuelle est plus incertaine. Tel sera le cas notamment des protocoles d'accord, mais également des lettres de confidentialité et d'intention auxquelles les parties recourent lors de la procédure de data-room. Ainsi, l'emploi du terme « documents préparatoires » n'est-il pas un gage de leur nature contractuelle, pas plus que d'une exclusion totale de celle-ci. Sous cette appellation coexiste en effet un ensemble de documents dont la nature contractuelle doit être appréciée en fonction de chaque cas d'espèce.

B : La doctrine et de la notion de documents préparatoires

174. Exposé des différentes positions doctrinales – Lorsque nous tentons de réaliser une analyse de la doctrine relative aux contrats de négociation, force est de constater que nous nous retrouvons rapidement confrontés à un double problème. D'une part, les auteurs utilisent parfois un vocabulaire juridique différent pour désigner cette notion, ce qui ne

²¹⁰ Voir en ce sens : J. GHESTIN, traité de droit civil, *La formation du contrat*, op. cit. p. 407, « Les contrats de négociation sont par essence pourvus d'une valeur contractuelle ».

contribue pas à rendre évidente l'appréciation du contenu qu'elle recouvre. D'autre part, ils utilisent parfois les mêmes termes, notamment celui de « contrats préparatoires », pour désigner la notion de contrats de négociation laquelle sera comprise dans une acception plus ou moins extensive.

Ainsi, M. Ghestin emploie le terme de « contrats préparatoires » pour désigner les « contrats de négociation ». Il effectue une distinction entre les accords de principe et les accords partiels. Alors que les premiers renvoient à « *l'engagement contractuel de faire une offre ou de poursuivre une négociation en cours afin d'aboutir à la conclusion du contrat* »²¹¹, les seconds sont traités comme constitutifs « *d'une étape dans la négociation du contrat définitif et sans obligation pour les parties avant que le contrat ne soit formé* »²¹². Ainsi, selon cette définition, tant la lettre d'intention que la lettre de confidentialité sont constitutives d'accords partiels. Ce faisant, elles sont dépourvues de valeur contractuelle hors les cas où elles prévoient à la charge des parties des obligations spécifiques à la phase des négociations. Ces documents n'engagent pas les parties sur la conclusion du contrat final, mais peuvent contenir des obligations de nature contractuelle vouées à encadrer la phase des pourparlers.

Pour sa part, Mme. Schmidt préfère utiliser l'expression de « *contrats préliminaires relatifs à la négociation du contrat définitif* » pour nommer les contrats préparatoires. Cet auteur opère une distinction entre « *les contrats visant à obliger à la négociation* », à savoir les contrats de négociation et les pactes de préférence ; et ceux visant à organiser la négociation, c'est-à-dire les contrats-cadres, les contrats partiels et les contrats temporaires. Ainsi, les contrats visant à l'organisation de la négociation servent-ils à réaliser tant « *un accord global sur certains éléments des contrats futurs (contrats-cadre)* », qu'une conclusion « *d'accords partiels* » sur certains points du contrat envisagé, ou encore un règlement des « *obligations des parties relativement aux pourparlers (contrats temporaires)* ». Les contrats de négociation engagent donc les parties à la conclusion finale du contrat, par opposition aux contrats visant à organiser la négociation, lesquels sont dépourvus de cette force contraignante. Néanmoins, ils peuvent mettre à la charge des parties des obligations de nature contractuelle tenant à l'organisation de la négociation.

²¹¹ Voir en ce sens : J. GHESTIN, traité de droit civil, *La formation du contrat*, op. cit. p. 409.

²¹² *Ibidem*.

II : Les lettres de confidentialité et d'intention échangées lors de la procédure de data-room

175. La définition des lettres de confidentialité et d'intention - Il nous faudra ici définir les notions de lettre de confidentialité (A) et d'intention (B) considérées spécifiquement dans le contexte de la négociation afférente à la procédure de data-room.

A : La lettre de confidentialité

176. La confidentialité de la documentation transmise par le veneur – Les accords de confidentialité sont antérieurs aux développements économiques modernes. De façon générale, ils ont pour objectif de protéger des secrets dont la divulgation serait de nature à porter préjudice à leur propriétaire. Ce type d'accord est mis en place à chaque fois qu'une information non publique est relevée par une personne à un tiers. La lettre de confidentialité échangée par les parties dans le cadre de la procédure de data-room vise à la satisfaction de cet impératif. Elle matérialise un « document préparatoire » concomitant à un contrat principal entre les mêmes parties, organisant de cette manière la confidentialité des informations qu'elles seront amenées à se communiquer durant la phase de négociation. Pour ce faire, elle prévoit dans un premier temps la confidentialité des informations transmises par le biais d'un mémorandum informatif et couvre parfois toutes les informations communiquées par le biais de la data-room dès lors qu'il n'est pas fait mention d'une nouvelle stipulation portant sur la confidentialité dans le règlement de data-room. L'obligation de confidentialité s'étend alors sur l'ensemble de la période des négociations, au cours de laquelle le risque tenant à la diffusion de l'information protégée est particulièrement élevé. La durée de l'obligation de confidentialité fait l'objet d'une négociation entre les parties. Elle couvrira systématiquement la phase de formation du contrat et s'étendra généralement jusqu'à la première année de son exécution. Cela est compréhensible au regard de la nature multipartite de la procédure de data-room, impliquant la réunion de plusieurs candidats potentiels autour de l'acquisition de l'immeuble qui auront tous pus (lors de la consultation de la data-room) prendre connaissance des informations stratégiques inhérentes à l'immeuble lors des audits qu'ils auront diligentés.

B : La lettre d'intention

177. La lettre d'intention renvoie à une double acception – Comme le laisse présager sa dénomination, la lettre d'intention présuppose le recours à un écrit. Il s'agit d'une lettre missive adressée par l'un des négociateurs à son partenaire. Cependant, le contenu même de ces documents varie en fonction du contexte dans lequel il est utilisé. Il existe classiquement deux types de lettres d'intention. Le premier, utilisé dans le secteur bancaire, s'apparente la plupart du temps à un cautionnement (1). Dans un souci de clarté, nous appellerons « lettres de confort » les documents relevant de cette catégorie. Le second type comporte les lettres d'intention utilisées à l'occasion de la négociation d'un contrat (2). Dans le cadre du présent travail, l'emploi du terme « lettre d'intention » renverra à cette seconde acception. En dernier lieu, il nous faudra préciser le contenu de la lettre d'intention à laquelle les parties auront recours lors de la procédure de data-room, dès lors que la pratique a relativement normalisé celui-ci (3).

1: La lettre de confort et le secteur bancaire

178. La lettre de confort - La lettre d'intention assimilée à une lettre de confort peut se concevoir indépendamment de tout contexte de négociation contractuelle. Elle correspond à l'engagement pris par une personne de soutenir financièrement une autre personne, de mener à bien une opération quelconque, de renforcer une situation particulière, souvent à l'occasion d'une opération de crédit ou d'un contrat à long terme voire de maintenir une participation dans une société. Il n'est pas rare de rencontrer ce type de lettre dans l'engagement fourni par une société mère en vue de soutenir sa filiale. L'Association française des banques en donne la définition suivante : « *dans les usages bancaires français, la lettre par laquelle une société de renom indiscutée tant sur le plan de la morale commerciale que de l'assise financière parraine une société qu'elle contrôle pour l'obtention ou le maintien d'un crédit constitue un engagement moral d'assurer la bonne fin du crédit et est considéré comme présentant en pratique une sécurité comparable à celle d'un engagement de caution* »²¹³.

²¹³ Bulletin de la Caisse nationale des marchés de l'État, n° 98, p. 85 et s.

179. L'effet de droit reconnu aux lettres de confort - Dans l'esprit de son rédacteur et comme l'indique son nom, la lettre de confort ne correspond qu'à une « intention »²¹⁴ et non un « engagement ». Cependant, la frontière entre ces deux notions étant floue, la jurisprudence voit parfois derrière cette « intention » une véritable obligation de faire engageante pour son auteur, celle-ci étant le plus souvent de moyens,²¹⁵ mais parfois de résultat²¹⁶.

2 : La lettre d'intention et la négociation du contrat

180. La définition de la lettre d'intention comme préparatoire organisant la négociation – Comme le constate M. Fontaine, « *l'observation des relations économiques internationales révèle une tendance à la conclusion d'opérations de plus en plus complexes (...) la structure juridique de telles opérations est nécessairement très élaborée (...) la négociation de contrats est longue et difficile. Entre la première définition des objectifs communs et la signature des accords définitifs doit prendre place un lent processus d'élaboration (...) au cours de la gestation prolongées de leurs conventions, les négociateurs ressentent souvent le besoin de mettre au point une série de documents préparatoires (...) ces documents portent le nom de lettres d'intention* »²¹⁷. Il s'agit d'actes juridiques dont la vocation est de préparer la conclusion d'un contrat définitif, envisagé par les parties qui discutent de sa possible réalisation lors des pourparlers. L'emploi de ce terme renvoie ainsi à « *toutes sortes de documents précontractuels par lesquels une partie ou toutes les parties envisagent de régler le processus de négociation et de formation du contrat* »²¹⁸.

²¹⁴ Voir en ce sens : CA Paris, 30 avril 1985, *RTD Civ.* 1985, n° 730, obs. J. Mestre.

²¹⁵ Voir en ce sens : Cass. com., 4 octobre 1994, *Bull. civ.* 1994, IV, n° 276.

²¹⁶ Voir en ce sens : Cass. com., 21 décembre 1987, *D.* 1989, p. 112, note J-P. Brill : « *malgré son caractère unilatéral, une lettre d'intention peut, selon ses termes, lorsqu'elle a été acceptée par son destinataire et eu égard à la commune intention des parties, constituer à la charge de ce celui qui l'a souscrite un engagement contractuel de faire ou de ne pas faire pouvant aller jusqu'à l'obligation de résultat* ».

²¹⁷ M. FONTAINE, « Les lettres d'intention dans la négociation des contrats internationaux », *Droit et pratique du commerce international*, 1977, p. 73 et s.

²¹⁸ *Ibidem*.

181. Les rôles de la lettre d'intention lors de la procédure de data-room – La lettre d'intention peut être utilisée en vue de satisfaire à des objectifs multiples. Son rôle très étendu permet aux parties de formaliser leurs discussions en fonction de l'avancée du temps, en notant les points sur lesquels un accord a déjà été trouvé et en relevant les questions qui n'ont pas encore été résolues. Ce document peut fixer le cadre des pourparlers pour en déterminer son objet avec plus ou moins de précision. Il peut également fixer les grandes étapes et en envisager les modalités élémentaires, comme les lieux et jours de tenue des réunions, ainsi que leur fréquence.

3 : Le contenu de la lettre d'intention

182. La description de l'opération — La lettre d'intention débute par une description sommaire de l'immeuble dont la vente est envisagée. Il sera notamment fait mention tant des surfaces de l'immeuble que de son revenu qui servira dans un premier temps à déterminer une première valeur d'acquisition qui sera proposée au vendeur (et qui sera par la suite affiner sur la base de documentation communiquée en data-room). L'objectif de l'offrant doit être ici de déterminer le plus précisément possible son offre préliminaire d'achat en précisant les éléments qui ont servi à son hypothèse de valorisation.

183. Le prix et les conditions de réalisation de l'opération comme modalités de sélection des offres préliminaires par le vendeur - Le prix proposé à l'issue de l'offre préliminaire d'achat est l'élément essentiel de la lettre d'intention. Cependant, toute l'ambiguïté de ce document est de proposer ce prix sans qu'il ne soit pour autant considéré comme définitif, faute de quoi il existerait un risque de requalification de l'offre engageant de façon définitive son auteur. Ainsi appartient-il à l'offrant de communiquer un prix estimé, une fourchette de prix ou encore une méthode d'évaluation non définitive. La détermination de ce prix sera tributaire de l'exhaustivité des informations transmises dans le cadre du mémorandum informatif concernant l'immeuble. En outre, il appartient à l'offrant de faire mention des modalités de paiement de ce prix (à savoir comptant ou différé) par la mise en place d'un financement.

184. L'éventuelle demande d'exclusivité par le candidat à l'acquisition - La nature même de la procédure de data-room postule pour une relation multipartite entre le vendeur et plusieurs candidats-acquéreurs. Partant, il est possible pour l'un d'entre eux de solliciter une exclusivité de négociation, aboutissant ainsi à une procédure de vente plus directe entre lui et le vendeur. Celle-ci comprendra pour le vendeur l'interdiction de réaliser non seulement une opération concurrente, mais également de mener toute négociation parallèle avec un acquéreur potentiel. Cette clause revêt une importance particulière au regard de la jurisprudence : elle considère que le fait pour le vendeur de mener des négociations parallèles n'est pas une faute délictuelle dès lors qu'il ne trompait pas l'acquéreur potentiel sur les chances de succès de l'opération²¹⁹. Cependant, la nature contraignante de l'engagement d'exclusivité amènera les parties à fixer un terme précis à la période couverte par celui-ci.

185. La mise en place d'un audit permettant aux acquéreurs potentiels d'affiner leurs offres préliminaires - La mise en place d'une data-room, permet la collecte et la vérification des informations transmises par le vendeur. Aidés de leurs conseils, les candidats-acquéreurs seront alors à même de réaliser un audit exhaustif de l'immeuble. A cette occasion, ils pourront vérifier l'exactitude des informations préliminaires qui leur ont été transmises dans le cadre du mémorandum informatif, mais également rééquilibrer le déficit d'information qu'ils ont subi jusqu'à ce stade de la négociation. Le candidat à l'acquisition pourra alors affiner le prix qu'il avait initialement proposé en fonction de la capacité du propriétaire de l'immeuble de lui fournir l'ensemble de la documentation de l'immeuble.

III : La valeur contractuelle des documents préparatoires échangés lors de la procédure de data-room

186. Les effets attachés à la reconnaissance de la valeur contractuelle des lettres de confidentialité et d'intention — La question de la valeur contractuelle des documents préparatoires relatifs à la procédure de data-room doit nécessairement être appréciée au regard d'un double constat. D'une part, il convient de s'interroger sur la valeur contractuelle des lettres de confidentialité et d'intention, en ce que ces documents peuvent ou non engager les

²¹⁹ Voir en ce sens : CA Versailles, 5 mars 1992, *Bull. Joly* 1992, p. 636. Note J. Schmidt.

parties au titre de la conclusion finale (A). D'autre part, il serait utile d'apprécier la reconnaissance de leur valeur contractuelle, en ce qu'ils pourront mettre à la charge des parties des obligations temporaires ayant pour vocation de délimiter les contours de la négociation (B).

A : L'analyse des contrats préparatoires au regard de l'obligation pour les parties de conclure la vente

187. L'absence d'obligation pour les parties de conclure la vente définitive en dehors du cas spécifique de la requalification de la lettre d'intention - Le principe en la matière tient en une absence de reconnaissance des documents préparatoires en tant qu'éléments d'engagement au titre du contrat final (1). Cependant, cette position de principe est tempérée par la possibilité de requalification de la lettre d'intention en offre ferme (2).

I : L'absence d'obligation pour les parties de conclure la vente

188. Les conditions nécessaires pour qualifier un document préparatoire d'engageant au titre du contrat final — Comme le souligne Mme. Labarthe, « pour être qualifié d'engageant au titre du contrat final, le document préparatoire doit remplir une double série de conditions »²²⁰. Il devra d'une part concourir à la formation ou à la réalisation du contrat final, et d'autre part engager les parties car étant un élément de ce contrat. Par « élément du contrat », il est fait référence à une composante de celui-ci émanant de la seule volonté des parties et ayant vocation à s'appliquer de par sa seule force. Il s'agira de « tous les éléments susceptibles de définir le contrat par une force différente qui peut être celle de la loi, d'un règlement ou d'un usage. Le document ainsi incorporé n'engagera pas à titre d'élément du contrat même s'il en définit le contenu, mais à son titre propre, c'est-à-dire celui de la loi, d'un règlement ou d'un usage ». Il est en ce sens possible qu'un document préparatoire puisse contribuer à la détermination du consentement d'une des parties sans pour autant comporter un élément susceptible d'être intégré au contrat final²²¹. Ainsi, les lettres de confidentialité et

²²⁰ F. LABARTHE, *la notion de document contractuel*, op. cit., p. 341.

²²¹ Tel sera le cas d'un document de présentation de l'offre de reprise d'un acquéreur qui pourra déterminer le choix du cédant dans le cadre d'un appel d'offre pour la reprise d'une société, sans pour autant contenir les

d'intention ne peuvent-elles pas être analysées comme des contrats préparatoires ayant pour effet d'engager les parties à conclure le contrat final. Ce principe doit néanmoins être tempéré au regard de la possible requalification de la lettre d'intention en offre ferme.

2 : La possible requalification de la lettre d'intention en offre ferme

189. La possibilité de requalification de la lettre d'intention en offre ferme peut engager l'offrant à conclure le contrat final — De par son objet, la lettre d'intention se distingue des promesses unilatérales ou synallagmatiques de vente ainsi que des « accords sous conditions » qui contiennent les éléments essentiels du contrat principal, retardant simplement leur entrée en vigueur à la réalisation d'une ou plusieurs conditions.

Cependant, une distinction fondée sur un tel constat est de plus en plus fragile dès lors que nous assistons aujourd'hui à une dérive dans la rédaction des lettres d'intentions qui se présentent souvent sous la forme d'un avant-contrat accroissant considérablement le risque de les voir requalifiées en offre ferme. En effet, comme le rappelle M. Mazeaud, « *lorsque l'on se trouve à l'orée de la négociation du contrat et que, des premiers échanges entre les négociateurs transparait un certain intérêt pour la conclusion du contrat voire l'intention exprimée formellement de négocier, la question qui se pose alors souvent consiste à déterminer le régime juridique de cet embryon de volonté* »²²². Il faut alors se reporter à la méthode d'analyse classique qui conditionne à l'émission de l'offre et de son acceptation pour déterminer si le contrat de négociation peut être requalifié de contrat définitif. Il faudra analyser le contenu de la lettre d'intention et voir si celle-ci présente les caractères d'une offre au sens juridique du terme.

190. Les conditions de la requalification — Le principal indice permettant de déceler l'existence d'une volonté d'engagement entre les parties tient au degré de précision des conditions de réalisation du contrat final. En effet, au stade des pourparlers, les parties doivent entretenir un certain flou dès lors que la négociation vise la détermination de ces

éléments éventuels du contrat final de cession-acquisition. Si, par la suite, le contrat final venait à voir le jour, l'acquéreur ne pourrait pas engager sa responsabilité contractuelle sur la base de ce document qui n'est pas engageant au titre du contrat final, et ainsi dépourvu de valeur contractuelle.

²²² D. MAZEAUD « La genèse des contrats : un régime de liberté surveillée », *Dr & Pat.* 1996, n° 96, p.44.

conditions²²³. Afin d'éviter le risque juridique tenant en une possible requalification de la lettre d'intention en offre ferme, il est indispensable de déterminer ce qui relève de la commune intention des parties au stade des premiers contacts et d'en exclure tout ce qui relèvera par la suite de la promesse synallagmatique de vente. La lettre d'intention doit demeurer un document imparfait, qui ne doit pas comprendre de stipulations inhérentes aux éléments substantiels nécessaires à la conclusion du contrat définitif. Il faut donc bannir de son champ lexical certains termes tels que « *conclusion du contrat définitif* » pour les remplacer par des expressions plus inconditionnelles comme « *l'opération envisagée* ». Dans le même sens, l'emploi de l'expression « *conditions suspensives* » est à éviter, car elle pourrait laisser entendre qu'il existe un accord sur les points essentiels de la négociation comme le prix. De plus, la réalisation des conditions visées dans la lettre pourrait être invoquée par l'une des parties en vue d'engager l'autre. Dans le même sens, la renonciation d'une des parties au projet avant la levée des conditions suspensives pourrait lui être reprochée par l'autre partie qui pourrait invoquer une rupture sans juste motif.

191. Les juges du fond et la requalification de la lettre d'intention — La rédaction de la lettre d'intention devra faire l'objet de toutes les attentions. Cela est d'autant plus vrai que les juges appelés à statuer sur sa teneur se reconnaissent un véritable pouvoir souverain d'appréciation de la portée exacte des accords qui leur sont soumis. Ainsi, dans un arrêt du 18 mars 1997²²⁴, la Cour de cassation a confirmé que des documents qualifiés par l'auteur du pourvoi de « lettres d'intention », et prévoyant les conditions futures de la réalisation de l'opération, ne pouvaient être assimilés à un document préliminaire. Ils ont donc été requalifiés en contrat, liant ainsi leurs auteurs.

Si les lettres d'intention et de confidentialité n'engagent pas les parties à la conclusion du contrat définitif, elles mettent cependant à leur charge un ensemble d'obligations dont il convient de déterminer la valeur.

²²³ Voir en ce sens : Cass. com., 18 mars 1997, *Bull. Joly* 1997, n° 538. Note P le Cannu.

²²⁴ P. le Cannu, note précitée.

B : La valeur des obligations mises à la charge des parties

192. Le principe tenant à l'absence de valeur contractuelle des obligations mises à la charge des parties par le biais de documents préparatoires — Par le jeu de la négociation, les pourparlers donnent lieu à un échange inévitable de documents. Dans le cadre de la vente d'un immeuble, il faut permettre à son partenaire d'apprécier un ensemble d'informations tenant à la nature de la chose vendue, aux éventuelles modalités de financement, etc. Les parties évoluent alors dans un contexte de liberté, indispensable aux échanges commerciaux et permettant aux négociateurs de rester maîtres dans leur choix de pousser la relation d'affaires plus en amont. En cas de litige, il conviendra donc de se reporter aux règles de la responsabilité délictuelle précontractuelle. De façon générale, les documents préparatoires sont dépourvus de valeur contractuelle ; ils pourront tout au plus servir à renseigner les juges du fond sur « *l'état d'esprit des partenaires, renseignements qui pourraient permettre de caractériser le cas échéant une rupture fautive* »²²⁵. Néanmoins, lorsque ces documents contiennent un degré d'engagement suffisant, ils peuvent par exception matérialiser l'existence d'une obligation de nature contractuelle mise à la charge de celui qui l'accepte.

193. L'exception au principe : certains documents peuvent mettre à la charge des parties des obligations dont la valeur contractuelle est reconnue — Dès lors qu'un document préparatoire contiendrait l'engagement de l'une des parties de réaliser ou de ne pas réaliser un acte quelconque, la doctrine peut reconnaître sous certaines conditions à cet engagement une valeur contractuelle. Pour apprécier la notion d'engagement, il convient de se référer à l'étude faite en la matière par le groupe de travail de la revue « *Droit et pratique du commerce international* »²²⁶ qui a identifié un certain type de documents préparatoires au sein desquels les parties expriment une volonté d'assumer des engagements contractuels précis à l'occasion de la phase de formation du contrat. Cette étude référence un certain nombre d'engagements dont la valeur contractuelle est certaine. Au premier rang de ceux-ci figure l'exclusivité, qui peut être demandée par un candidat-acquéreur au vendeur. Puis, vient en second rang la confidentialité des informations transmises ainsi que la contractualisation de

²²⁵ J. CEDRAS, *L'obligation de négocier*, RTD. Com. 1985, p. 265.

²²⁶ M. FONTAINE, *Les lettres d'intention dans la négociation des contrats internationaux*, op.cit., p110 et s.

l'obligation précontractuelle d'information. Les parties s'engagent alors à ne pas communiquer les documents qu'elles se transmettent, ou au contraire elles définissent spécifiquement tant le contenu que les conditions de cette communication. Or, il s'avère que les documents préparatoires échangés par les parties lors des pourparlers entrepris dans la procédure de data-room visent spécifiquement ces obligations. Partant, il nous est possible de conclure que ceux-ci sont pourvus d'une valeur contractuelle au regard des obligations qu'ils mettent à la charge des parties.

194. La nature contractuelle des documents préparatoires échangés lors de la procédure de data-room — Lors de la procédure de data-room, les parties auront rédigé deux types de documents préparatoires : la lettre de confidentialité pour le vendeur et la lettre d'intention pour le candidat-acquéreur dont elles demanderont l'acceptation à leur partenaire. De cette acceptation, va naître une rencontre des volontés induisant (en considération de la classification de Mme Schmidt) la formation de deux contrats de négociation visant à l'organisation de celle-ci. Ceux-ci seront nécessairement temporaires, car ils visent à l'élaboration d'une norme d'origine contractuelle qui n'aura vocation à perdurer que pendant la phase de gestation du contrat, ou du moins une période de temps contractuellement définie par les parties. Ils seront par ailleurs constitutifs d'engagements fermes de nature contractuelle.

L'emploi de l'expression « lettre d'intention » par les négociateurs n'induit pas systématiquement une nature contractuelle de ce document et fait planer un doute quant à l'existence d'une convention matérialisée par cette lettre. Sa valeur contractuelle sera tributaire de l'intention des parties dans la stipulation d'engagements fermes qu'elle pourra comporter. Cependant, la lettre d'intention dans le cadre de la procédure de data-room met à la charge du vendeur *a minima* une obligation de confidentialité tenant à l'existence même de la lettre, voire parfois une clause d'exclusivité garantissant au candidat-acquéreur d'être seul à concourir à l'acquisition de l'immeuble. Elle met surtout à sa charge un ensemble d'obligations procédant de la contractualisation de l'obligation précontractuelle d'information. La lettre d'intention matérialise l'existence d'un accord entre les parties en vue de produire des effets de droit, induisant la possibilité de sanctionner leur inexécution sur le terrain du contrat. La nature de cette lettre, échangée dans le cadre de la procédure de data-room, est nécessairement contractuelle. Dans la pratique, le contrat est inclus dans la lettre d'intention ;

l'expéditeur sollicitant un engagement du destinataire lui demandera en règle générale de lui retourner la lettre dûment signée. Parfois, lorsque l'expéditeur s'engage seul, l'offre est faite dans l'intérêt exclusif du destinataire, si bien que le silence de celui-ci pourra valoir acceptation.

De la même façon et toujours au regard de la classification effectuée par Mme Schmidt, la lettre de confidentialité s'entend nécessairement comme un contrat de négociation temporaire. Elle vise également à organiser le déroulement de la négociation en imposant aux candidats à l'acquisition une obligation de non-divulgence des informations transmises par le vendeur. L'inexécution de l'obligation de confidentialité doit alors être traitée selon les règles générales de la responsabilité contractuelle²²⁷.

Après avoir présenté les documents préparatoires échangés par les parties lors de la négociation initiée à l'occasion de la procédure de data-room, il convient à présent d'apprécier les conditions de mise en œuvre du régime de la responsabilité contractuelle précontractuelle qui en matérialisent autant de facteurs de risques juridiques.

§ 2 : Le régime de la responsabilité contractuelle précontractuelle

195. Les conditions d'engagement de la responsabilité contractuelle précontractuelle — Au cours de la négociation, les documents préparatoires échangés par les parties sont en principe dépourvus de toute valeur contractuelle. Bien que présentant une valeur pratique très importante²²⁸, ils ne correspondent qu'à l'un des nombreux éléments intervenant dans la négociation du contrat final. En ce sens, ils ne sont pas de nature à faire intervenir la loi contractuelle dans la négociation. Par exception, nous avons pu démontrer précédemment que les lettres d'intention et de confidentialité, utilisées par les parties durant la procédure de data-room, relèvent de la catégorie des contrats de négociation temporaires et

²²⁷ Voir en ce sens : F. DESSEMONTET, *Les accords de confidentialité*, in : Mélanges Pierre Engel, Lausanne, 1989, p. 28 et s.

²²⁸ Voir en ce sens U. DRAETTA et R. LAKE, « Lettres d'intention et responsabilité contractuelle », *RDAl* 1993, p. 850. Les documents préparatoires (à l'instar de la lettre d'intention) pourront être le cas échéant mis en avant devant les juges du fond lors de la sanction d'une rupture abusive des pourparlers pour caractériser l'état d'esprit des parties. Les tribunaux analysent en ce sens la lettre d'intention comme mettant à la charge des parties une obligation de bonne foi renforcée de négociation qu'elles ont entreprise.

mettent ainsi à la charge des négociateurs des obligations de nature contractuelle. Le législateur n'a manifestement pas soumis ces contrats de négociation temporaires à un régime de responsabilité contractuelle spécifique. Ils relèvent donc du régime de droit commun de la responsabilité civile contractuelle²²⁹ dont il conviendra d'apprécier les conditions de mise en œuvre au regard de la nature spécifique de la procédure de data-room (**I**) puis les effets (**II**).

I : Les conditions de mise en œuvre de la responsabilité contractuelle précontractuelle

196. Les conditions nécessaires à l'application du régime de la responsabilité contractuelle précontractuelle — La responsabilité contractuelle précontractuelle analysée dans le cadre spécifique de la procédure de data-room ne relève pas d'un régime spécifique. Ainsi, nous faudra-t-il nous reporter au droit commun de cette ordre de responsabilité et traiter en premier lieu du principe de non-cumul des responsabilités délictuelle et contractuelle (**A**), puis de la preuve de l'existence des contrats de négociation temporaires (**B**), et enfin de leur inexécution totale ou partielle (**C**).

²²⁹ Avec la responsabilité délictuelle (ou plus généralement la responsabilité extracontractuelle), la responsabilité contractuelle est un des deux pans de la responsabilité civile. Bien que le Code civil de 1804 n'y fasse pas expressément référence, il prévoyait l'octroi de dommages-intérêts dus par le débiteur au créancier en cas d'inexécution du contrat, conçu comme un effet de l'obligation contractée par le débiteur défaillant. Ainsi, la responsabilité contractuelle est-elle engagée en cas de mauvaise exécution ou d'inexécution totale ou partielle des obligations nées d'un contrat. Elles peuvent porter tantôt sur une obligation de faire, tantôt sur une obligation de ne pas faire. La jurisprudence a déduit de l'article 1147 du Code civil que « *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* » pour établir les principes de la responsabilité contractuelle. Elle est retenue sous réserve de l'existence d'un contrat valablement conclu entre les parties et présuppose l'existence d'un dommage résultant d'un manquement à une obligation née d'une convention. Il nous faudra donc analyser ses conditions de mise en œuvre dans le cadre de la procédure de data-room en considération des documents préparatoires échangés par les parties dont nous avons précédemment démontré la valeur contractuelle.

A : Le principe du non-cumul des responsabilités délictuelle et contractuelle

197. L'option entre la responsabilité délictuelle et la responsabilité contractuelle

— La contractualisation par les parties d'obligations procédant de la bonne foi lors de la négociation (obligation de confidentialité et obligation d'information) soulève le problème du non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle. En effet, la partie victime des agissements de son partenaire ayant eu par exemple pour conséquence la divulgation d'informations confidentielles dispose d'une double protection. En tant que devoir de comportement inhérent à la bonne foi, la confidentialité permet la sanction de cette faute sur le terrain de l'article 1382 du Code civil. Mais en tant qu'obligation contractuelle ayant fait l'objet d'une protection spécifique à travers le recours à un contrat de négociation, elle peut également être sanctionnée sur le fondement de l'article 1134 du code précité. En ce sens, le créancier d'une obligation contractuelle inexécutée partiellement ou en totalité peut-il intenter contre son débiteur l'action de son choix, à savoir contractuelle ou délictuelle ? Ou au contraire ce choix s'impose-t-il à lui, enlevant ainsi toute option ?

Les intérêts de choisir sont nombreux : si la responsabilité contractuelle est plus favorable à la victime en ce qui concerne l'appréciation de la faute, elle lui est cependant moins favorable en ce qui concerne l'intégralité du dommage réparable. De même, alors que dans le cadre de la convention le contractant peut prévoir des clauses élusives ou limitatives de responsabilité, celles-ci ne se conçoivent pas dans le cadre d'une action délictuelle. Il apparaît donc qu'un contractant peut avoir tantôt intérêt à se fonder sur la responsabilité contractuelle, tantôt sur la responsabilité délictuelle ; encore faudrait-il qu'il le puisse : il s'avère que les tribunaux sont pour le moins réfractaires à l'idée d'une responsabilité « à la carte » dont le choix serait laissé à la libre discrétion des parties.

198. La réticence de la jurisprudence quant à l'option concernant le régime de responsabilité applicable – Lorsque les conditions d'application de la responsabilité contractuelle sont réunies, le principe de non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle interdit au demandeur de solliciter des dommages-intérêts sur le terrain de la responsabilité délictuelle. Dans ce cas, seule la responsabilité contractuelle pourra être mise en œuvre même si celle-ci dessert les intérêts de la victime. La jurisprudence s'est également montrée hostile à une option. Elle a décidé que « *les articles 1382 et suivants ne sont pas*

applicables lorsqu'il s'agit d'une faute commise dans l'inexécution d'une obligation résultant d'un contrat »²³⁰ et plus récemment que « *l'article 1382 est inapplicable à la réparation d'un dommage se rattachant à l'engagement d'un engagement contractuel* »²³¹.

199. Le tempérament à la solution de principe : une option existe encore — Le manquement à une obligation née d'un contrat n'entraîne pas automatiquement l'application du régime de la responsabilité contractuelle. Dans un arrêt en date du 16 mars 2005, la troisième chambre civile de la Cour de cassation²³² a admis le recours à la responsabilité délictuelle pour la sanction d'une obligation contractuelle dès lors que celle-ci résultait d'une obligation légale impérative. Ce faisant, la Cour opère une distinction quant à la substance du contrat en distinguant les obligations consensuelles et les devoirs légaux tels que la bonne foi, des obligations qui en découlent comme l'obligation d'information et l'obligation de confidentialité.

De plus et malgré l'existence d'une situation contractuelle, le créancier qui estime plus avantageux de faire prévaloir la responsabilité délictuelle sur la responsabilité contractuelle peut exceptionnellement exercer une option. Tel sera le cas lorsque l'acquéreur d'un bien aura subi un dommage provoqué par un défaut de sécurité inhérent à la chose. Il pourra alors invoquer la responsabilité du fait des produits défectueux pour être traité à la même hauteur qu'un tiers en vertu des dispositions de l'article 1386-1 du Code civil²³³. Toutefois, rien ne l'empêche d'agir sur un autre fondement en sa qualité d'acquéreur, comme la garantie de vices cachés ou la responsabilité pour faute²³⁴. Dans le même sens, le demandeur dispose d'une option lorsque la faute alléguée, constitutive d'un manquement à une obligation contractuelle,

²³⁰ Cass. civ., 6 avril 1927, *S.* 1927, I, p. 201, note H. Mazeaud.

²³¹ Cass. 2^{ème} civ., 9 juin 1993, *JCP. G* 1994, II, n° 22264, note G. Roussel.

²³² Cass. 3^{ème} civ., 16 mars 2005, *RTD civ.* 2005, p. 784 obs. P. Jourdain ; *JCP G.* 2005, II, n° 10118, note F. G. Trebulle. En l'espèce, le propriétaire d'une parcelle anciennement affectée à la fabrication d'engrais avait vendu celle-ci avec une clause stipulant que l'acquéreur prenait le bien en l'état et renonçait à exercer un recours contre le vendeur. Le Préfet envoya à l'acquéreur une injonction de dépolluer le site avant de l'annuler en mettant à la charge du vendeur le remboursement des frais inhérents à la dépollution. Le vendeur qui avait supporté plusieurs dépenses propres à l'opération en demandait le remboursement sur le fondement de l'article 1382.

²³³ L'article 1386-1 du C. civ. dispose que « *le producteur est responsable du dommage causé par un défaut de son produit, qu'il soit ou non lié par un contrat avec la victime* ».

²³⁴ Voir en ce sens : Cass. com., 28 mai 2010, *Bull. civ.* 2010, IV, n° 99 ; *Contrats conc., consom.* 2010, p. 198. Obs. L. Leveneur ; *RTD civ.* 2010, p. 790. Obs. P. Jourdain.

relève du droit pénal. Ainsi, la victime pourra-t-elle s'adresser au juge civil pour faire constater le manquement à l'obligation née du contrat²³⁵. Elle pourra également se constituer partie civile devant la juridiction répressive, auquel cas le litige sera tranché en application des règles de la responsabilité délictuelle. L'action civile portée devant le juge pénal tendra à faire réparer le dommage procédant de l'action commise et non le préjudice causé par l'inexécution du contrat²³⁶.

200. L'intérêt restreint des parties quant au choix du régime de responsabilité applicable — Lors de la procédure de data-room, les parties ont délibérément choisi de contractualiser les obligations de confidentialité et d'information qui, sur le fondement de la bonne foi, font déjà l'objet d'une protection juridique. Les négociateurs font alors le choix d'une protection « sur mesure » qui n'est que la contrepartie du risque tenant au possible engagement de leur responsabilité contractuelle précontractuelle. Pour les parties, la question du choix entre une responsabilité délictuelle (dont ils ont volontairement fui le régime pour son inefficacité) et d'une responsabilité contractuelle (permettant la prise en compte de la casuistique propre à l'opération) ne se pose alors pas.

201. L'application concomitante des responsabilités délictuelle et contractuelle — La partie qui recherche la responsabilité de son contractant est parfois indécise quant au fondement juridique de sa demande. Dans le cadre de la procédure de data-room, la lettre de confidentialité impose aux candidats-acquéreurs de ne pas réutiliser les éléments transmis pour des besoins extérieurs à celle-ci. Dès lors qu'un candidat-acquéreur viendrait à s'en servir pour un usage autre que celui prévu dans l'accord de confidentialité, le vendeur pourrait hésiter entre une action en responsabilité contractuelle (s'appuyant sur la méconnaissance des termes de l'accord) et une action en responsabilité délictuelle pour manquement à l'obligation de confidentialité procédant de la bonne foi et constitutive d'un devoir légal. La solution la plus efficace pour le vendeur désireux d'obtenir la réparation de son préjudice consisterait à prendre en considération ces deux voies. En effet, il est possible pour lui d'exercer à titre principal une action pour faute contractuelle et, subsidiairement, de formuler une demande

²³⁵ Voir en ce sens : Cass. civ., 20 mai 1936, *S.* 1937, I, p. 321, note A. Breton.

²³⁶ Voir en ce sens : Cass. crim., 12 décembre 1946, *JCP. G.* 1947, II, n° 3621, note R. Rodière.

fondée sur la responsabilité délictuelle²³⁷. Ainsi, le principe de non-cumul n'exclut-il pas la formulation d'une demande subsidiaire fondée sur un ordre de responsabilité différent que celui qui est invoqué au soutien de la demande principale ; pas plus que l'action civile portée devant le juge pénal pour les cas où le manquement à l'obligation procédant du contrat permettrait de caractériser une faute de cette nature.

B : L'existence du contrat temporaire de négociation

202. La preuve de l'existence du contrat de négociation — Pour que la responsabilité contractuelle précontractuelle puisse être mise en œuvre, il faut que l'existence des contrats temporaires (que sont les lettres d'intention et de confidentialité) puisse être démontrée devant les juges du fond. Il nous faudra alors traiter de la question probatoire en tant que condition nécessaire à l'engagement cette responsabilité et voir en ce sens les conditions de la preuve tenant à ces documents (1). Par la suite, il nous faudra apprécier l'objet de la preuve permettant de matérialiser la volonté des parties (2).

1 : La preuve de l'avant-contrat

203. L'écrit, preuve de principe du contrat — La nature contractuelle des contrats de négociation plaide en faveur d'une obligation de prouver leur existence par écrit, conformément à l'article 1141 du Code civil²³⁸. Ce mode de preuve est le principe en la matière : il est exigé pour établir l'existence et le contenu de tout contrat, y compris les contrats préparatoires visant à la préparation de l'accord définitif. Cependant, les assouplissements de la jurisprudence²³⁹ relatifs à l'exigence de la preuve écrite des actes

²³⁷ Voir en ce sens : Cass. com., 13 juillet 2010, *RDC* 2011, p. 51, note Y-M. Laithier ; *JCP. G* 2011, n° 15, p. 435, obs. Ph. Stoffel-munck.

²³⁸ L'article 1134 du Code civil dispose en ce sens que « si la chose qu'on s'est obligé de donner ou de livrer à deux personnes successivement est purement mobilière, celle des deux qui en a été mise en possession réelle est préférée et en demeure propriétaire, encore que son titre soit postérieur en date, pourvu toutefois que la possession soit de bonne foi ».

²³⁹ Voir en ce sens : J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, *Traité de droit civil*, t. 1, *Introduction générale*, 4^{ème} éd., Paris, 1994, n° 567 et s ; D. DENIS, « Quelques aspects de l'évolution récente du système des preuves en droit civil », *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1977, p. 671.

juridiques présente un intérêt particulier en ce qu'elle ne semble plus l'imposer de façon systématique. Elle semble donc admettre d'autres moyens de prouver l'existence du contrat²⁴⁰.

204. L'exception tenant à la preuve du contrat tacite — Un contrat sera considéré comme tacite dès lors que le consentement ne sera pas déclaré par la parole ou le recours à l'écrit, mais résultera des faits et actes des parties ou des circonstances d'espèce. Au regard de ces éléments, les juges du fond déduiront parfois l'existence d'un contrat spécifique en considération d'actes d'exécution, de relations d'affaires ou de famille entre les intéressés. Tel peut être le cas du contrat de mandat qui est souvent une convention préparatoire visant à la conclusion d'un autre contrat. La jurisprudence déduit souvent son existence des circonstances de fait. En ce sens, le fait que le vendeur d'un bien immobilier accompagne un acquéreur potentiel chez le notaire et assiste avec lui aux opérations de bornage révèle l'existence d'un mandat tacite donné au notaire pour la réalisation de la cession de la propriété²⁴¹. Dans le même sens, la preuve du mandat peut être rapportée par des actes d'exécution ou d'usage. Ainsi, dans un contrat d'assurance, un organisme de prêt est investi d'un mandat tacite visant à « *sinon procurer à l'emprunteur la garantie prévue par le contrat d'assurance, qui était subordonnée à l'accord de l'assureur, du moins à effectuer dans ce but toutes les démarches ou interventions utiles* »²⁴². De la sorte, la jurisprudence relève l'existence du mandat dans les circonstances d'espèce dans les cas où la preuve de celle-ci ne peut lui être apportée. Il ne s'agit alors plus de prouver l'existence d'un contrat, mais « *de faits dont résulte une apparence créatrice de droit* »²⁴³. Dès lors qu'*a contrario* du contrat, la preuve des faits est libre, ceux-ci ne requièrent pas la démonstration d'un écrit et peuvent être démontrés par tous moyens.

Dans le cadre de la négociation afférente à la procédure de data-room, les contrats de négociation sont nécessairement écrits. La partie qui demandera la réparation de la non-exécution totale ou partielle des obligations de son cocontractant pourra alors prouver facilement leur existence. Il nous faut à présent démontrer l'objet de la preuve.

²⁴⁰ Voir en ce sens : P. GODÉ, *Volonté et manifestations tacites*, Paris, 1973, p. 25 et s.

²⁴¹ Voir en ce sens : Cass. civ 3^{ème}, 12 mars 1969, *Bull. civ.* 1969, III, n° 224.

²⁴² CA. Rennes, 9 juillet 1975, *D.* 1976, p. 417, note J. SCHMIDT.

²⁴³ J. SCHMIDT, note précité.

2 : L'objet de la preuve

205. La preuve du consentement — En droit français, il suffit de démontrer l'existence d'un accord portant sur une obligation précise pour que celui-ci soit qualifié de contrat : « *Le consentement suffit à prouver l'existence de l'accord : il n'est pas nécessaire de rapporter la cause qui a présidé à sa formation* »²⁴⁴. Le législateur vient toutefois poser une limite en ce que l'obligation contractuelle ne peut porter sur un objet contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs²⁴⁵. La notion de cause est large dans le droit interne : elle peut consister en une contrepartie ou in intérêt économique ainsi que dans une prestation reçue dans le passé ou encore dans un intérêt moral. Ainsi, la notion de cause ne saurait-elle s'opposer à l'existence des avant-contrats qui peuvent valablement avoir pour objet la conclusion d'un second contrat dans le futur²⁴⁶. Il est possible de recourir à tout type d'écrit pour prouver la véracité de l'avant-contrat. Tout document exprimant sans ambiguïté l'intention pour des parties de se lier par une obligation spécifique est recevable²⁴⁷.

206. L'interprétation de l'intention des parties — Certes, un document quelconque peut être produit devant les juges afin de prouver l'existence du contrat, encore faut-il que celui-ci exprime la volonté non équivoque des parties de s'obliger l'une envers l'autre. Il appartient alors au juge d'interpréter leurs intentions, tâche souvent délicate au regard de l'imprécision des manifestations de volonté émises lors de la phase des pourparlers. Ce travail est particulièrement ardu en considération des échanges préliminaires matérialisés sous la forme de lettres d'intention : celles-ci mentionnent de façon plus ou moins vague la conclusion d'un contrat dans le futur. La valeur juridique de ces documents est fonction de l'appréciation des magistrats au regard de la terminologie utilisée par les parties. La règle en la

²⁴⁴ Voir en ce sens : H. CAPITANT, *De la cause des obligations*, Ed. de la mémoire du droit, Coll. de la Faculté Jean-Monnet, Paris, 2012..

²⁴⁵ L'article 6 du Code civil dispose en ce sens qu'« *on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* ».

²⁴⁶ Voir en ce sens : J. CEDRAS, « *L'obligation de négocier* », *RTD. civ.* 1983, p. 265 et s.

²⁴⁷ Voir en ce sens : Cass. com., 28 avril 1987, *Bull. civ.* 1987, IV, n° 104. La Cour de cassation a admis la validité d'un contrat préparatoire visant à créer une société sur la base d'un procès-verbal de réunion, relevant l'importance des apports et la rémunération du gérant du commun accord des parties sur l'objet futur de celle-ci.

matière est que plus les négociateurs envisagent l'opération avec précision, plus les juges appréhendent la lettre d'intention comme un contrat illustrant la fermeté des consentements. En ce sens, elle pourra être dépourvue de toute obligation de nature contractuelle, contenir des engagements fermes sur certains points voire être considérée comme un engagement unilatéral de conclure le contrat définitif dès lors qu'elle sera susceptible d'être requalifiée en offre ferme par les tribunaux. La rédaction d'un contrat de négociation temporaire est lourde en conséquence, *a fortiori* dans le cadre de la procédure de data-room. À cette occasion, elle nécessite souvent le recours à un conseil juridique afin de « peser » chacun des termes employés²⁴⁸ à l'aune de la responsabilité des pré-contractants.

207. Le conflit entre la volonté exprimée et la volonté réelle des parties —

Parfois, la volonté des parties mentionnée au sein de la lettre d'intention ne correspond pas à la volonté réelle du négociateur, créant ainsi un conflit pouvant notamment se manifester à l'occasion de la requalification de celle-ci en offre ferme par les juges du fond. Partant, la jurisprudence tend à privilégier la volonté déclarée sur celle dont se prévaut le pré contractant, et ce, au nom de la signification objective qui a pu être accordée à ce document. Ainsi, appartient-il au négociateur qui souhaite se prémunir de tous les risques liés à l'engagement de sa responsabilité contractuelle, d'indiquer clairement dans ce type de document qu'il n'a pas l'intention de s'engager²⁴⁹. C'est pourquoi la lettre d'intention contient toujours une clause de cette nature dans la procédure de data-room.

Une fois l'existence de l'avant-contrat avérée il faut en établir l'inexécution dans le but de sanctionner la partie qui a manqué à son obligation contractuelle.

C : L'inexécution des contrats de négociation temporaires

²⁴⁸ Nous traiterons spécifiquement de cette tendance prudentielle lors de la rédaction de la lettre d'intention dans la section 2 du présent chapitre.

²⁴⁹ Voir : Cass. civ 1^{ère}, 1^{er} mars 1988, *Bull. civ.* 1988, I, n° 57. La Cour de cassation a estimé à propos de ce type de réserves qu'elles avaient pour effet de s'opposer à la formation du contrat. En l'espèce, il s'agissait de l'absence de formation d'un contrat de dépôt résultant de l'apposition par un établissement de nuit sur un portemanteau de la mention selon laquelle elle déclinait toute responsabilité en cas de perte ou de vol..

208. Les deux catégories de contrats préparatoires — Il existe classiquement deux catégories de contrat préparatoires susceptibles d'être échangés par les parties dans le cadre de la procédure de data-room. Les premiers mettent à leur charge une obligation de négocier le contrat définitif (1) alors que les seconds contractualisent l'organisation de la négociation ainsi que la protection des intérêts de chacune des parties (2).

1 : Les contrats préparatoires portant sur la négociation du contrat définitif

209. L'inexécution de l'obligation de négocier le contrat définitif - Les parties à la négociation entretiennent l'espoir que celle-ci aboutira à la conclusion d'une convention définitive. Le contrat préparatoire pourra alors mettre à leur charge une obligation de négocier, c'est-à-dire de discuter les conditions d'un contrat futur dont elles connaissent la nature et l'objet principal. L'obligation de négocier porte alors sur la réalisation de deux prestations : il s'agira d'une part d'entreprendre la discussion et d'autre part de la conduire de bonne foi. La première est une obligation de résultat alors que la seconde est une obligation de moyens. Ne dérogeant pas aux règles de droit commun régissant la matière contractuelle, l'obligation de négocier doit être exécutée de bonne foi conformément aux dispositions de l'article 1134 du Code civil²⁵⁰. Elle n'imposera jamais aux parties de conclure la convention projetée²⁵¹ : les négociateurs sont libres de rompre s'ils ne peuvent trouver un accord. L'obligation de négocier les obligera néanmoins à satisfaire à un standard de normes comportementales. Les négociateurs devront ainsi formuler des propositions sérieuses, en rapport avec l'objet et l'importance économique du contrat. Il leur faudra par ailleurs adopter une attitude active et positive dans la recherche de l'accord définitif²⁵². Dans la pratique, ce type de contrat de négociation n'est pas utilisé par les parties à l'occasion de la procédure de data-room, notamment en considération de la nature concurrentielle qui précède la réalisation des négociations.

²⁵⁰ En ce sens, l'article 1134 alinéa 3 dispose qu' « *elles (les conventions légalement formées) doivent être exécutées de bonne foi* ».

²⁵¹ CA Paris, 1^{ère} ch. A, 28 septembre 1976, *JCP. G* 1978, II, n° 18810, note Robert.

²⁵² Voir en ce sens : Cass. civ 1^{ère}, 8 octobre 1968, *Bull. civ.* 1968, I, n° 419. Pour une illustration de la faute contractuelle tenant au refus de l'une des parties de poursuivre la négociation tenant à la constitution d'une société.

2 : Les contrats préparatoires portant sur l'organisation de la négociation

210. L'inexécution de la prestation contractuelle — L'inexécution de l'obligation contractuelle doit être appréciée en fonction de la nature du contrat de négociation (**a**) ainsi que de l'obligation qui peut être de moyens ou de résultat (**b**).

a : L'inexécution de l'obligation selon la nature du contrat de négociation

211. Les contrats partiels — Bien que la pratique n'ait pas formalisé le recours à ce type de contrat de négociation, il est possible pour les parties de les utiliser, notamment dans le cas d'une relation bipartite procédant d'une exclusivité. Aussi, nous faut-il en dire quelques mots. La durée de gestation du contrat peut être échelonnée dans le temps sur une période plus ou moins longue. Lorsque l'opération visée par le contrat final nécessite pour les parties de trouver un point d'entente sur une multitude de sujets, celles-ci peuvent fixer les points sur lesquels elles ont déjà pu parvenir à un consensus²⁵³ au cours de l'avancée de la négociation. La responsabilité précontractuelle procédant de l'inexécution de l'accord partiel est tributaire des effets juridiques qui seront reconnus à cet acte. En ce sens, l'accord partiel permet-il à lui seul de reconnaître l'existence du contrat visé par les parties à l'issue de la négociation ? L'admettre reviendrait à traiter l'inexécution de l'accord partiel comme celle du contrat définitif. À l'inverse, le réfuter aurait pour conséquence de subordonner l'entrée en vigueur des effets de l'accord partiel à la conclusion de la convention définitive. En tout état de cause, le sort de son l'inexécution dépend de la volonté des parties. Elles peuvent ainsi décider qu'il sera suffisant à la formation du contrat définitif ou au contraire qu'il est insuffisant à produire cet effet. Les parties formaliseront souvent leurs décisions dans un document précontractuel spécifique, tel que la lettre d'intention qui définira la valeur juridique des accords partiels²⁵⁴. Dans la pratique anglo-saxonne, la clause de « *subject to contract* » a ainsi pour effet de suspendre l'efficacité de tels accords jusqu'à la conclusion définitive du contrat.

²⁵³ Voir en ce sens : A. RIEG, « La punctuation, contribution à l'étude de la formation successive du contrat », in Mélanges Alfred Jauffret, 1974, p. 593.

²⁵⁴ Voir en ce sens : M. FONTAINE, « Les lettres d'intention dans la négociation des contrats internationaux », *op.cit.*, p. 109 et s.

Lorsque les parties n'ont pas déterminé le lien entre l'accord partiel et le contrat définitif dont il prépare la conclusion, la valeur juridique qu'il convient de donner à ce document doit être analysée différemment selon que l'accord partiel est un fragment d'un contrat unique ou un fragment d'un ensemble contractuel plus large. Considéré en tant que fragment d'un contrat définitif unique, l'accord partiel vaut conclusion de celui-ci dès lors qu'il y est fait mention de tous les éléments essentiels à sa formation. Cette solution se comprend au regard des dispositions de l'article 1534 du Code civil²⁵⁵. *A contrario*, lorsque la réalisation de l'opération requiert la conclusion de plusieurs contrats différents, chacun d'entre eux pourra être appréhendé comme un accord partiel au regard de l'ensemble contractuel dans lequel il s'inscrit. Pris isolément, chacun de ces avant-contrats ne peut jamais valoir conclusion des autres.

212. Les contrats temporaires — la période de négociation peut avoir fait l'objet d'une organisation particulière dont les modalités seront fixées dans un contrat de négociation spécifique. Il pourra avoir pour objet de déterminer les délais que les parties s'octroient pour discuter, de régler la question des frais engendrés par les négociations voire encore d'imposer aux parties certaines obligations spécifiques. En cas d'inexécution, il conviendra d'appliquer les règles générales de la responsabilité contractuelle.

Les documents préparatoires utilisés par les parties lors de la procédure de data-room sont l'archétype des contrats temporaires. Il nous faut à présent définir la nature des obligations qui y sont attachées, en ce que celles-ci conditionnent les conditions de mise en œuvre de la responsabilité contractuelle lors de la négociation en rendant la démonstration de l'inexécution partielle ou totale plus ou moins facile.

b : La nature des obligations relevant des contrats temporaires

213. Des obligations de moyens et de résultat — Constater l'inexécution des obligations procédant du contrat de négociation nous impose de définir la nature de celles-ci. On distingue classiquement deux sortes d'obligations contractuelles : l'obligation de moyens et l'obligation de résultat. La première exige du débiteur qu'il fasse tout son possible pour

²⁵⁵ L'article 1534 du Code civil dispose en ce sens qu'« elle (la vente) est parfaite entre les parties (...) dès qu'on est convenu de la chose et du prix (...) ».

mener à bien la bonne exécution de son engagement. Il promet ainsi de mettre en œuvre sa prudence, sa diligence, ainsi que tous les moyens intellectuels ou techniques nécessaires en vue d'obtenir le résultat escompté, sans pour autant garantir à son partenaire de pouvoir y parvenir. Pour prouver la faute de son débiteur, le créancier devra alors démontrer que celui-ci n'a pas mis tous les moyens nécessaires à l'exécution de son obligation.

L'obligation de résultat fait en revanche peser sur le débiteur la production d'un engagement précis et défini par les parties. Il ne doit pas simplement essayer d'exécuter celui-ci, mais il doit y parvenir. La simple preuve de l'absence du résultat suffira alors à constituer son inexécution et engager la responsabilité contractuelle de son débiteur. La seule possibilité d'exonération sera de démontrer que l'inexécution procède d'un cas de force majeure au regard des dispositions de l'article 1148 du Code civil²⁵⁶. La théorie classique définit cette notion par trois critères exigés de manière cumulative : l'extériorité, l'imprévisibilité et l'irrésistibilité.

214. Les lettres d'intention et de confidentialité mettent à la charge des parties des obligations de résultat — Les lettres d'intention et de confidentialité mettent toutes deux à la charge des parties des obligations de résultat. La non-divulgence des informations transmises par le vendeur dans le cadre de l'opération d'arbitrage, le consentement donné par celui-ci lors de son acceptation de la lettre d'offre à une période d'exclusivité accordée au candidat-acquéreur ou encore l'engagement du vendeur de fournir toute information utile à la détermination de la valeur de l'actif ne peuvent se concevoir comme des obligations de moyens. Il ne suffit pas pour la partie débitrice de faire ses meilleurs efforts pour parvenir à exécuter son engagement, elle doit être tenue par une obligation de résultat. Il en va ainsi de l'efficacité de tels accords visant à protéger les intérêts particuliers des négociateurs.

²⁵⁶ L'article 1148 du Code civil dispose qu'« il n'y a lieu à aucuns dommages et intérêts, lorsque par la suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé, ou a fait ce qui lui était interdit».

II : Les effets de l'introduction de la loi contractuelle lors de la négociation

215. La nature de la réparation et son éventuelle limitation par la technique contractuelle — Les effets de la responsabilité contractuelle précontractuelle matérialisent le risque juridique auquel s'exposent les parties qui recourent, lors de la négociation, aux contrats de négociation temporaires. Son appréciation nécessitera de déterminer la nature de la réparation envisagée en cas de non-exécution totale ou partielle des obligations procédant de ces contrats (A) puis, d'analyser comment les parties utilisent la technique contractuelle (et notamment les mécanismes limitatifs de responsabilité) dans l'optique de contractualiser une « règle du jeu » propre à chaque négociation, en déterminant par avance les conditions d'engagement de leur responsabilité ainsi que l'ampleur de la réparation (B).

A : La nature de la réparation

216. Le principe tenant en une exclusion de la réparation en nature — Lors de la procédure de data-room, les contrats de négociation mettent à la charge des parties un ensemble d'obligations de faire et de ne pas faire. Se pose alors la question de la réparation procédant de leur inexécution. Le principe en la matière tient en une exclusion systématique de la réparation par nature, laquelle trouve son fondement dans les dispositions de l'article 1142 du Code civil²⁵⁷. En effet, les obligations de faire ou de ne pas faire ne peuvent pas faire l'objet d'une exécution forcée. Ainsi, leur inexécution ne peut-elle se résoudre qu'en dommages et intérêts. Conformément aux règles de la responsabilité contractuelle, leur montant sera limité d'une part à la réparation du préjudice prévisible et d'autre part selon le contenu des aménagements conventionnels prévus éventuellement dans le contrat de négociation inexécuté.

217. La condamnation du débiteur au paiement de dommages et intérêts — Les dommages-intérêts remplissent une fonction indemnitaire : ils visent à réparer l'ensemble du préjudice prévisible à titre compensatoire au regard des dispositions de l'article 1147 du Code

²⁵⁷ L'article 1142 du C. civ 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 ».

civil²⁵⁸. Il s'agit de rétablir l'équilibre perturbé par la défaillance partielle ou totale du débiteur de l'obligation contractuelle. Les dommages-intérêts ne sont alloués que pour compenser cette défaillance : en aucun cas ils ne sauraient s'inscrire dans une logique de sanction de la faute. Il appartient à celui qui allègue de la réalité du dommage de démontrer l'existence du préjudice et son étendue. L'évaluation du préjudice est faite au jour du jugement définitif. Les juges du fond apprécieront alors souverainement l'existence d'une faute, du préjudice et d'un lien de causalité entre ces derniers. Cependant, leur montant tout comme l'engagement de la responsabilité contractuelle peut être limité par le biais d'aménagements conventionnels spécifiques.

B : L'aménagement conventionnel du régime de la responsabilité contractuelle précontractuel

218. La possibilité d'aménagement contractuel dans les contrats de négociation

— Au nom du principe de la liberté contractuelle, les parties peuvent prévoir des aménagements conventionnels dans les contrats de négociation. Elles préciseront alors les conditions et les limites du possible engagement de leur responsabilité contractuelle lors de la négociation. Ainsi, le recours à la stipulation de clauses limitatives ou élusives de responsabilité pourra-t-il exclure ou limiter le montant de l'indemnité versée en cas d'inexécution de l'obligation contractuelle (1), tandis que la clause pénale délimitera à l'avance et de manière forfaitaire le montant à verser par le débiteur en cas d'inexécution (2).

1 : La stipulation des clauses limitatives ou élusives de responsabilité

219. La validité des clauses limitatives ou élusives de responsabilité dans les lettres de confidentialité et d'intention — Il est possible pour les parties de stipuler légalement des clauses limitatives ou élusives de responsabilité au sein des contrats de négociation, et ce, au titre de l'autonomie de la volonté. En effet, les parties sont libres de prévoir les modalités auxquelles elles veulent être tenues lors de la négociation. S'agissant des

²⁵⁸ L'article 1147 du C. civ dispose que « le débiteur (de l'inexécution contractuelle) 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 ».

clauses limitatives de réparation, cette position se justifie au regard de l'article 1150 du Code civil disposant que « *le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou que l'on a pu prévoir lors du contrat* ». En considération de la lettre de cet article, toutes les stipulations relatives au montant dû en cas d'inexécution totale ou partielle de l'obligation contractuelle sont valables.

En ce qui concerne les clauses exonératoire de responsabilité, la question de leur validité s'est posée²⁵⁹ dès lors qu'elles pourraient être de nature à favoriser l'inexécution du contrat par le débiteur de l'obligation. De telles stipulations pourraient entrer en contradiction avec les fondements de la théorie du contrat, en ce qu'elles permettraient à une partie de créer une loi contractuelle tout en s'octroyant le droit de ne pas l'accomplir²⁶⁰. La jurisprudence a cependant validé le principe de la stipulation de telles clauses²⁶¹ qui ne sont pas contestées aujourd'hui dans leur principe mais ont fait l'objet d'un encadrement jurisprudentiel.

220. L'exception : l'inefficacité des clauses tenant au comportement du débiteur

— Il existe un nombre important de limites tenant à la validité des clauses élusives ou limitatives de responsabilité²⁶² qui ont été progressivement déterminées par la jurisprudence. De celles qui sont susceptibles d'être stipulées dans des contrats de négociation lors de la procédure de data-room, nous retiendrons principalement les clauses portant sur le comportement des parties. En ce sens, ces clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité sont inefficaces en cas de dol ou de faute lourde. En effet, si les obligations mises à la charge des parties sont de résultat, le simple constat de leur inexécution emporte le versement par le débiteur de dommages et intérêts sans qu'il soit nécessaire de démontrer la commission d'une faute particulière. La faute lourde et le dol revêtent cependant une incidence particulière en ce qu'ils permettent de neutraliser les clauses élusives ou limitatives de responsabilité. La jurisprudence est constante en la matière : en cas de dol dans

²⁵⁹ Voir en ce sens : Cass. civ., 26 janvier 1859, S. 1859, p. 316.

²⁶⁰ Voir en ce sens : J. CARBONNIER, *Droit civil, Tome 4, Les obligations*, PUF, Coll. Thémis Droit privé, 22^{ème} éd., Paris, 2000, n° 1100.

²⁶¹ Voir en ce sens : Cass. civ., 24 janvier 1874, DP. 1876, I, p. 133.

²⁶² La validité des clauses limitatives ou élusives est limitée par l'acceptation et l'interprétation de la clause, par la pénétration de droits spéciaux comme le droit de la concurrence, par la qualification du contrat, par la nature du dommage ou encore par le caractère essentiel de l'obligation.

l'inexécution de ses obligations, le débiteur ne peut opposer au créancier ni clause exonératoire de responsabilité²⁶³ ni clause limitative de réparation²⁶⁴.

2 : La limitation du montant des dommages et intérêts : la clause pénale

221. La clause pénale en tant qu'instrument de maîtrise du risque contractuel

— La clause pénale est définie par l'article 1226 du Code civil qui dispose qu'elle est « *celle par laquelle une personne, pour assurer l'exécution d'une convention, s'engage à quelque chose en cas d'inexécution* ». Cette définition a été affinée par la Cour de cassation selon laquelle « *constitue une clause pénale la clause d'un contrat par laquelle les parties évaluent forfaitairement et d'avance l'indemnité à laquelle donnera lieu l'inexécution de l'obligation contractée* »²⁶⁵. La clause pénale comporte alors plusieurs avantages. Tout d'abord, elle permet de tarir le contentieux sur l'importance du dommage : en effet, le débiteur est tenu de réparer non pas le dommage effectivement subi, mais de verser la somme préalablement convenue. Ensuite, cette clause revêt un fort pouvoir de pression sur le débiteur contractuel qui sait à l'avance à quelle sanction il devra se confronter en cas d'inexécution.

222. Les caractères de la clause pénale

— La clause pénale présente deux caractères principaux : d'une part, elle tient lieu de dommages et intérêts, d'autre part elle est forfaitaire. Elle tient lieu de dommages et intérêts dans la mesure où le débiteur ne s'expose à sa mise en œuvre qu'en cas de manquement à l'une de ses obligations. Elle doit donc être distinguée de la clause de dédit ou de la clause d'immobilisation, lesquelles mettent à la charge du bénéficiaire le paiement d'une somme ou cas où il ne lèverait pas l'option dans le cadre d'une promesse unilatérale de vente. Dans cette hypothèse, le bénéficiaire ne manque à aucune de ses obligations, mais se contente d'exercer une liberté à savoir lever ou pas l'option qui lui a été consentie²⁶⁶. Ensuite, le débiteur ne supportera la clause pénale que si, en temps normal, il avait pu être condamné au paiement de dommages et intérêts. Ainsi, en cas

²⁶³ Voir en ce sens : CA Paris, 15 septembre 1992, *D.* 1993, p.98. note Ph. Delebecque.

²⁶⁴ Voir en ce sens : Cass. com, 16 mars 1981, *Bull. civ.* 1981, IV, n° 140.

²⁶⁵ Cass. 1^{ère} civ., 10 octobre 1995, *D.* 1996, p. 486, note B. Fillion-Dufouleur.

²⁶⁶ Voir en ce sens : Cass. 3^{ème} civ., 5 décembre 1984, *D.* 1985, p. 544. Note F. Benac-Schmidt : « *le bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente n'étant pas tenu d'acquiescer (...) la stipulation d'une indemnité au profit du promettant ne constitue pas une clause pénale* ».

d'inexécution inhérente à la force majeure, la clause pénale ne pourra pas être mise en œuvre. Enfin, le créancier ne pourra pas demander simultanément l'exécution de la clause pénale tenant lieu d'indemnisation et l'exécution du contrat en nature.

La clause pénale est forfaitaire ; par conséquent, le créancier ne pourra pas se voir allouer une somme plus importante que celle stipulée conventionnellement, et ce, même si le préjudice est plus conséquent. Réciproquement, il ne pourra pas se voir allouer une somme inférieure si son préjudice est plus léger. Cette règle est posée par l'article 1152 du Code civil qui dispose que « *lorsque la convention porte que celui qui manque de l'exécuter payera une certaine somme à titre de dommages et intérêts, il ne peut être allouée à l'autre partie une somme plus forte, ni moindre* ».

223. Le régime juridique de la clause pénale – Le caractère forfaitaire de la clause pénale en fait une arme contractuelle très efficace. Ainsi n'est-il pas rare pour certains contractants de stipuler une clause d'un montant très important visant à forcer le débiteur à exécuter son obligation. Pour pallier à de tels excès, le législateur est intervenu²⁶⁷ et a autorisé le juge à modérer les clauses pénales²⁶⁸, introduisant ce faisant une exception notable au principe selon lequel le juge n'est pas l'auteur, mais le serviteur du contrat. L'article 1152 alinéa 2 du Code civil dispose en effet que « *néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire* ». Le juge a donc le pouvoir d'aligner la peine sur le dommage effectivement subi dès lors qu'il résulte une différence trop importante entre la peine et le dommage. L'article 1231 du même code vise quant à lui les hypothèses d'inexécution partielle. Il prévoit que « *lorsque l'engagement a été exécuté en partie, la peine convenue peut, même d'office, être diminuée par le juge à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier, sans préjudice de l'application de l'article 1152* ». Il faut comprendre ici qu'en cas d'inexécution partielle, le juge peut modérer ou augmenter la peine en tenant compte de l'avantage que l'exécution partielle a procuré au créancier.

Le recours au contrat de négociation permet la pénétration de la loi contractuelle dans la phase de négociation. Il est en ce sens un facteur de risque juridique supplémentaire,

²⁶⁷ L'intervention législative a eu lieu par la réforme du 11 juillet 1975 et par celle du 11 octobre 1985 qui ont modifié les articles 1152 (en cas d'inexécution totale) et 1231 (en cas d'inexécution partielle) du contrat.

²⁶⁸ Voir en ce sens : F. PASQUALINI, « la révision des clauses pénales », *Deffrénois* 1995, p. 769.

procédant de la possibilité d'engagement de la responsabilité contractuelle avec laquelle les parties devront composer durant la phase des pourparlers. Cependant, ce risque est plus facile à maîtriser dès lors qu'il est possible pour les parties d'aménager tant les effets attachés à l'inexécution de l'obligation contractuelle que l'ampleur de la réparation. En tout état de cause, si les parties choisissent volontairement de s'exposer à ce risque juridique en contractualisant la négociation, c'est avant tout parce qu'elles en retirent un avantage de taille tenant en la possibilité d'organiser un mode de protection de leurs intérêts particuliers.

Section 2 : La contractualisation des obligations de confidentialité et d'information

224. La contractualisation des obligations d'information et de confidentialité — Analysé lors de la phase des pourparlers, le risque induit par la pénétration de la loi contractuelle implique un double constat. Dans un premier temps, nous avons pu aborder la contractualisation des pourparlers comme étant constitutif d'un risque juridique tenant à la possibilité pour les parties d'engager leur responsabilité civile contractuelle. Dans un second temps, il nous faudra considérer cette contractualisation comme matérialisant la volonté des parties d'établir un ensemble de règles destinées à se prémunir efficacement contre les agissements de leur partenaire susceptibles de porter atteinte à leurs intérêts particuliers. Le recours au contrat de négociation temporaire doit alors être analysé comme relevant de cet impératif de protection. Ainsi, les parties entendent-elles se soumettre volontairement à l'exposition de leur responsabilité contractuelle précontractuelle, par le biais de contrat de négociation temporaire, dès lors que ceux-ci leur permettent d'élaborer un système de protection efficace de leurs intérêts particuliers.

225. Les différents aspects de l'information et sa contractualisation lors de la procédure de data-room — Durant la phase précontractuelle, l'information est véritablement le « nerf de la guerre », chacune des parties cherchant à la contractualiser dans un sens qui lui est propre. Ainsi, le vendeur souhaitera-t-il protéger sa confidentialité et définir contractuellement son mode de communication de façon à éviter qu'elle ne soit divulguée dans un sens contraire à l'objet de la procédure. Les candidats-acquéreurs voudront quant à eux contractualiser l'obligation d'information, c'est-à-dire définir le contenu de l'information que le vendeur devra impérativement leur transmettre dès lors qu'il leur appartiendra ensuite de procéder à une valorisation de l'immeuble permettant l'élaboration d'un prix d'acquisition. Partant, lorsque nous faisons référence à la notion d'intérêts spécifiques des parties, nous visons spécifiquement la contractualisation des obligations de confidentialité (§1) et d'information (§2).

§1: La contractualisation de l'obligation de confidentialité

226. L'inadaptation de la protection de la confidentialité en droit positif et sa nécessaire contractualisation — Les accords de confidentialité sont établis en vue de protéger des « secrets » dont la révélation serait de nature à porter préjudice à leur propriétaire. En règle générale, les parties y ont recours à chaque fois qu'une information non publique est révélée par une personne à un tiers. En effet, le droit commun ne reconnaît pas de régime propre à la confidentialité en dehors de certaines règles sectorielles comme ce peut être le cas en droit de la propriété intellectuelle. C'est donc en ayant recours au contrat que le vendeur entend protéger la confidentialité de l'information qu'il entend transmettre à son partenaire. En matière de cession d'immeuble, la protection de la confidentialité intervient au stade des pourparlers. Elle fait l'objet d'un accord de confidentialité spécifique entre les parties (la lettre de confidentialité), visant à éviter que le récipiendaire ne détourne l'information dans un sens contraire à celui dans lequel elle a été diffusée. Malgré la contractualisation d'une série d'obligations de faire et de ne pas faire destinées à assurer la protection de l'information et à renforcer les obligations du récipiendaire, il peut arriver que celui-ci manque tout de même à son devoir. En considération des dispositions de l'article 1147 du Code civil, le créancier sera alors fondé à lui demander la réparation du dommage qu'il a subi sur le terrain contractuel. L'obligation de confidentialité étant de résultat, il ne sera pas nécessaire de démontrer l'existence d'une faute : la simple constatation de l'inexécution contractuelle est de nature à mettre en œuvre la responsabilité du débiteur.

Bien que le droit commun et la jurisprudence reconnaissent la prépondérance de la liberté d'expression qu'ils érigent en principe, celle-ci est toutefois tempérée par l'admission de la confidentialité dans les relations d'affaires. De façon ponctuelle, il est possible pour les parties d'y apporter une limite par la stipulation de clauses imposant la confidentialité de l'information transmise. Dès lors que le droit commun n'est pas suffisamment performant pour protéger la confidentialité du vendeur de l'immeuble, il est nécessaire pour lui de recourir à une contractualisation de celle-ci **(I)** permettant d'organiser efficacement sa protection **(II)**.

I : L'inadéquation de la protection légale de la confidentialité

227. La protection légale de la confidentialité dans les relations d'affaires — De façon liminaire, il convient de rappeler d'une part que l'information n'est pas reconnue comme étant constitutive d'un bien par le droit positif ; et d'autre part qu'il n'existe pas de devoir général de confidentialité dans les relations d'affaires, par opposition au droit anglais qui reconnaît l'existence d'une obligation de confidentialité, même implicite, à chaque fois que celle-ci est nécessaire à l'efficacité commerciale de l'accord²⁶⁹. Il nous faudra donc analyser comment le droit français traite la notion d'information confidentielle et organise sa protection (A) pour comprendre par la suite pourquoi le recours à contractualisation de la confidentialité semble impératif en considération du niveau de protection souhaité par le vendeur dans le cadre de la procédure de data-room (B).

A : L'insuffisance de la protection légale de l'information

228. La protection de la confidentialité, régime général et régime spécifique — En droit français, la protection de la confidentialité des informations transmises lors des négociations relève d'une part d'un régime de protection général fondé sur la notion de loyauté (1) et d'autre part d'un régime spécifique relevant du droit de la propriété intellectuelle (2).

1 : Le régime de protection général de la confidentialité

229. Les fondements du régime de protection légale de la confidentialité : la loyauté et la concurrence déloyale - Le droit organise la protection générale de la confidentialité autour des notions de devoir général de loyauté (a) et de concurrence déloyale (b).

²⁶⁹ Voir en ce sens : F-X. TESTUD, « La confidentialité conventionnelle », *Dr & pat.*, 2002, n° 102, p. 81.

230. Le devoir général de loyauté et la confidentialité de l'information — La notion de confidentialité est abordée par le droit français à travers le devoir général de loyauté. Au moment de la formation du contrat, il met à la charge des parties un ensemble d'obligations, notamment celle emportant la confidentialité des informations transmises.

Il convient de traiter la confidentialité en considération du devoir général de loyauté au regard de deux hypothèses distinctes. Dans la première, la confidentialité de l'information procède de l'obligation de bonne foi, alors que dans la seconde elle s'appuie sur une obligation de confidentialité spécifique procédant du droit de la concurrence. Partant, dans ces deux cas, le devoir général de loyauté ne sanctionne l'inexécution de l'obligation de confidentialité qu'en cas de mauvaise foi caractérisée de son auteur voire en cas d'intention manifeste de nuire. Certes, l'obligation de loyauté interdit au récipiendaire toute divulgation ou utilisation de l'information qui serait contraire à l'objet de la négociation. Néanmoins, aucune obligation spécifique n'est mise à sa charge quant à la sécurisation de l'information. Il n'est pas certain qu'une communication volontaire de celle-ci, qui ne soit pas étrangère à l'objectif poursuivi par les parties lors de la négociation, soit de nature à engager la responsabilité de son auteur, quand bien même cette divulgation serait de nature à porter atteinte aux intérêts du vendeur.

Il ressort de cette analyse que sur la base du droit commun, la protection de la confidentialité est insuffisante eu égard au niveau de protection de l'information souhaitée par le vendeur qui recourt à la procédure de data-room. En effet, l'engagement de la responsabilité délictuelle des candidats-acquéreurs passe nécessairement par la démonstration d'un élément intentionnel : la mauvaise foi du récipiendaire ou son intention manifeste de nuire. Elle n'est pas de nature à le prémunir contre une divulgation de l'information par le récipiendaire au stade des pourparlers. De plus, une divulgation volontaire de l'information par celui-ci peut être conforme à l'objet du contrat tout en étant dommageable pour le vendeur. Il pourra en résulter pour ce dernier un préjudice procédant d'une dégradation de la valeur de l'immeuble cible suite à cette divulgation, sans pour autant qu'il puisse en obtenir la réparation dès lors que le droit commun ne met pas à la charge des candidats-acquéreurs une obligation afférente à la sécurisation de l'information qui leur est transmise.

b : La protection de la confidentialité par l'entremise de la concurrence déloyale

231. La concurrence déloyale et la confidentialité de l'information — De prime abord, l'interdiction des actes de concurrence déloyale semble être une protection plus performante de la confidentialité de l'information transmise dans le cadre de la négociation. Cette notion désigne la mise en œuvre de pratiques commerciales abusives de la part d'une entreprise à l'égard de ses concurrents. Entendue sous l'angle de la confidentialité, elle va viser à sanctionner tant la divulgation au public d'informations de nature à jeter un discrédit sur un produit ou une entreprise, que sa désorganisation provoquée par une violation du secret des affaires. La jurisprudence y a rattaché la notion de parasitisme visant tous les comportements permettant au récipiendaire de l'information d'en tirer profit sans contrepartie économique. Il faudra cependant que le vendeur lésé par cet agissement puisse prouver l'existence d'un dommage commercial pour en obtenir réparation. Par opposition à l'obligation de loyauté, l'élément intentionnel n'est pas ici une condition de l'action²⁷⁰.

L'analyse de la jurisprudence en matière de concurrence déloyale illustre l'absence totale de condamnation du récipiendaire de l'information concernant l'immeuble cible dans le cadre strict de la procédure de data-room. En effet, la notion de parasitisme renvoie à une captation irrégulière de l'information, ce qui n'est pas compatible avec la transmission d'informations volontaire et organisée qui est ici mise en œuvre dans le cadre des pourparlers. Partant, la concurrence déloyale ne présente aucune utilité pour le vendeur en ce qu'elle n'est pas un système juridique de nature à protéger les informations qu'il communiquera aux candidats potentiels à l'acquisition.

2 : La protection spécifique applicable à certaines informations par essence confidentielles

232. La protection de la confidentialité par le droit de la propriété intellectuelle — En raison de son objet, l'information peut relever d'un mode de protection spécifique qui définira tant ses modalités de divulgation que d'exploitation par une personne autre que le détenteur principal. Il s'agit de façon restrictive des informations faisant l'objet d'un droit de

²⁷⁰ Voir en ce sens : Cass. com., 18 avril 1958, *D.* 1959, p. 87.

propriété intellectuelle. Cette notion recouvre l'ensemble des droits exclusifs accordés sur les créations intellectuelles à l'auteur ou à l'ayant droit d'une œuvre de l'esprit²⁷¹. Lors de la procédure de data-room, il est possible que ce type d'information apparaisse à la marge. Par exemple, dans le cadre de la négociation d'un immeuble, un procédé d'éclairage de la façade peut avoir fait l'objet d'un dépôt de brevet et se retrouver ainsi protégé par le régime de la propriété intellectuelle. Le vendeur pourra alors se prévaloir des dispositions émanant du droit de la propriété intellectuelle pour obtenir la confidentialité de son information.

En sus des œuvres de l'esprit, les secrets de fabrique font l'objet d'une protection au titre de l'article L.621-1²⁷² du Code de la propriété intellectuelle qui organise les conditions de leur divulgation. Ils sont définis par P. ROUBIER comme « *tout moyen de fabrication qui offre un intérêt pratique ou commercial et qui, mis en usage dans une industrie, est tenu caché aux concurrents* ». La Cour de cassation a par ailleurs précisé qu'il s'agissait de « *procédé de fabrication (...) dès lors qu'il n'est connu que d'un petit nombre d'industriels* »²⁷³. Au regard de cette définition très restrictive, la jurisprudence estime pour sa part qu'au-delà des secrets de fabrique, toutes les données qui composent le savoir-faire d'une entreprise relèvent de la confidentialité²⁷⁴. Cette notion de savoir-faire peut alors être définie comme l'ensemble « *des connaissances dont l'objet concerne la fabrication et la commercialisation des produits et des services ainsi que la gestion et le financement des entreprises qui s'y consacrent, fruit de la recherche ou de l'expérience, non immédiatement accessible au public et transmissible par*

²⁷¹ Voir en ce sens l'article L.112-1 du Code de la propriété intellectuelle qui dresse une liste d'œuvres bénéficiant de cette protection parmi lesquelles figurent notamment les livres et autres écrits littéraires et artistiques, les œuvres dramatiques ou dramatico-musicales, les œuvres chorégraphiques, les mimes, les numéros et tours de cirque, les œuvres cinématographiques et autres œuvres audiovisuelles, les œuvres photographiques. Mais cette liste n'est volontairement pas exhaustive afin de permettre à toutes nouvelles créations remplissant les critères du droit d'auteur de pouvoir bénéficier de la protection par le droit d'auteur.

²⁷² L'article L.612-1 du Code de la propriété intellectuelle dispose que « *les peines frappant la violation des secrets de fabrique sont prévues à l'article L.1227-1 du code du travail ci-après reproduit* » ; Art.L.1227-1 : " *Le fait pour un directeur ou un salarié de révéler ou de tenter de révéler un secret de fabrication est puni d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 30 000 euros. La juridiction peut également prononcer, à titre de peine complémentaire, pour une durée de cinq ans au plus, l'interdiction des droits civiques, civils et de famille prévue par l'article 131-26 du Code pénal* ».

²⁷³ P. ROUBIER, *Droit de la propriété industrielle*, Paris, Recueil, Sirey, 1952.

²⁷⁴ Voir en ce sens : Cass. soc., 12 mars 1959, *Ann. Propr. ind.*, 1962, 3, p. 52 ; Cass. crim., 12 juin 1974, n° 90-72.473, *inédit*.

contrat »²⁷⁵. Il faut cependant que son titulaire ait fait un effort de réservation afin qu'il soit impossible par le récipiendaire d'arguer du fait qu'il ne pouvait avoir connaissance du caractère secret du savoir-faire. Pour la doctrine, la confidentialité de l'information ne devrait pas se limiter aux seuls éléments relevant du savoir-faire de l'entreprise, mais avoir « *la difficulté qu'aurait eu à se la procurer par lui-même celui à qui elle a été communiquée, à l'occasion des négociations* »²⁷⁶ comme critère de rattachement au champ d'application de la protection de la confidentialité.

Ainsi, de par leur objet, les informations relevant des secrets de fabrique et plus généralement du savoir-faire d'une entreprise jouissent-elles d'un système de protection propre à garantir leur confidentialité, en considération de la sanction prévue pour une divulgation non autorisée. Néanmoins, cette protection de la confidentialité octroyée au regard de l'objet de l'information ne semble toutefois pas pouvoir s'appliquer aux informations transmises par le vendeur aux candidats à l'acquisition dans le cadre de la procédure de data-room. En effet, la documentation inhérente à l'immeuble ne s'apparente en rien à des secrets de fabrique ou au savoir-faire d'une entreprise. Le recours à la contractualisation de la confidentialité apparaît alors nécessaire.

B : La contractualisation nécessaire de la confidentialité dans le cadre de la procédure de data-room

233. Les impératifs rendant nécessaires la contractualisation de l'obligation de confidentialité — La procédure de data-room rend nécessaire la contractualisation de la confidentialité des informations transmises par le vendeur afin d'éviter qu'elles ne soient détournées de l'objet en considération duquel elles ont été transmises (1), mais également pour identifier quelles informations relèveront de cette protection contractuelle (2).

²⁷⁵ J. AZEMA, *Lamy commercial 2008*, n° 1646.

²⁷⁶ J. HUET et F. DUPUIS-TOUBOL, « Violation de la confidentialité des négociations », *LPA 1990*, n° 41, p. 7.
Et A. LATREILLE, « Réflexion critique sur la confidentialité dans le contrat », *LPA 2006*, n° 156, p. 7 et s.

1 : La détermination de l'information protégée selon l'objet de l'opération

234. L'interdiction de révéler le contenu des informations transmises lors de la négociation — La contractualisation de la confidentialité poursuit un objectif simple : les données communiquées ne doivent pas être détournées de l'objet en considération duquel elles ont été transmises. Dans le cadre de la procédure de data-room, l'objet permettant de justifier leurs transmissions sera la détermination du prix et des conditions de vente de l'immeuble. Dans cette optique, les candidats-acquéreurs se doivent de respecter tant l'interdiction de communiquer les informations que de les exploiter dans une logique contraire à cette fin. Cette obligation de ne pas faire peut être renforcée le cas échéant par une obligation de faire afin de prévenir tout comportement frauduleux.

L'interdiction de révéler trouve toutefois sa limite naturelle vis-à-vis des personnes autorisées à prendre connaissance de l'information²⁷⁷ par le vendeur lui-même. La confidentialité s'entendra alors tant de la documentation précontractuelle transmise que de l'existence même de la négociation. Néanmoins, lorsque la révélation de l'information est demandée par une autorité publique (notamment dans le cadre d'une instance en cours), la production de documents par le récipiendaire pourra être exigée sans que celui-ci puisse se prévaloir de la confidentialité. Il se devra de répondre à l'injonction de fournir les différents éléments qui lui ont été transmis par le vendeur, sans pour autant risquer de voir sa responsabilité contractuelle engagée sur le fondement de la lettre de confidentialité. La requête de l'autorité publique s'apparente ici à un cas de force majeure. En raison de l'obligation de secret professionnel pesant sur les fonctionnaires magistrats et auxiliaires de justice, la confidentialité aura peu de chance d'être atteinte.

2 : La détermination de l'information protégée laissée à la libre discrétion des parties

235. La détermination de l'information soumise à la confidentialité — La lettre de confidentialité va délimiter les contours de la notion d'information confidentielle en précisant lesquelles des données transmises par le vendeur seront susceptibles d'être ainsi

²⁷⁷ Seront considérés comme personnes autorisées tous les collaborateurs des différentes personnes morales participant à la procédure ainsi que leurs conseils.

qualifiées. Pour ce faire, il existe différentes méthodes. Le vendeur aura la possibilité de lister tous les documents qui seront communiqués à titre purement confidentiel. Ce dispositif connaît cependant une lacune : il ne prémunit pas le vendeur contre un éventuel oubli de faire figurer un document dans la liste énumérant les documents relevant de cette obligation contractuelle de confidentialité. Il est rare que les parties utilisent cette méthode ; le vendeur recourt le plus souvent à une formule générale et étend le champ de la confidentialité toutes les informations relatives à l'existence et à la réalisation du projet de cession.

236. Les informations exclues de la confidentialité — Outre les cas où l'information relèverait du domaine public, le récipiendaire de l'information sera déchargé de son obligation de confidentialité toutes les fois où il en aura eu connaissance par le biais d'un tiers. Ce principe est applicable sous réserve que cette transmission soit licite, c'est-à-dire hors les cas où le tiers était lui-même débiteur d'une obligation de confidentialité envers le vendeur. L'exclusion va couvrir de la même façon toutes les données que le récipiendaire a créées ou développées lui-même. Cependant, il risque d'apparaître un conflit tenant à la preuve : le vendeur, créancier de l'obligation de confidentialité, n'est pas à l'abri de voir le récipiendaire arguer du fait qu'il a développé la connaissance en question par ses propres moyens. Il serait donc souhaitable de mettre en place un système de notification et d'autorisation. À travers celui-ci, le débiteur renseignerait son créancier sur l'information concernée ainsi que la façon dont il l'a obtenue. Le créancier disposerait alors d'un certain temps pour contester cette version ; il pourrait également demander des précisions sur son obtention ou accepter que l'information ne soit pas incluse dans la protection due au titre de la confidentialité.

Il semble que la lettre de confidentialité soit un moyen de protection efficace en ce qu'elle permet de déterminer le contenu de l'information qui relève du champ de la protection contractuelle. Ainsi, le vendeur ne risque-t-il pas de se voir opposer les incertitudes d'un régime légal dont le contenu est de prime abord inadapté à la procédure de data-room. Par ailleurs, son efficacité doit également être appréciée en considération des règles de droit impératives qui peuvent venir en limiter la portée d'une part, et du comportement des candidats-acquéreurs d'autre part.

II : L'efficacité de la lettre de confidentialité

237. L'efficacité de la lettre de confidentialité — Pour se prémunir dans l'avenir d'un éventuel manquement du récipiendaire à son obligation de confidentialité, il est utile pour le vendeur de prévoir un ensemble de stipulations propres à le protéger contre toute divulgation de nature à lui porter atteinte. À travers ces stipulations contractuelles, ces candidats voient leur liberté d'expression réduite au profit du vendeur. Cette situation n'est pas sans poser un problème de licéité au regard du droit des obligations qui peut théoriquement limiter l'efficacité de tels accords (**A**). De surcroît, il est impossible pour le vendeur de contrôler les faits et gestes des différents récipiendaires ; l'efficacité de la lettre de confidentialité devra alors être appréciée dans la pratique tant au regard tant de la mise en œuvre de l'action en responsabilités contractuelle que de la sanction procédant de la non-exécution de l'obligation de confidentialité (**B**).

A : Le droit des obligations, limite théorique à l'efficacité de la lettre de confidentialité

238. La confidentialité confrontée à l'abus de droit et aux engagements perpétuels — Par nature, le droit des obligations affiche une hostilité certaine à l'encontre des abus de droit (**1**) ainsi que des engagements perpétuels (**2**). Ceux-ci peuvent apparaître à l'occasion de la contractualisation de la confidentialité dans le cadre de la procédure de data-room et constituent alors une des limites à son efficacité.

1 : La lettre de confidentialité et de l'abus de droit

239. Le contrôle de proportionnalité entre la confidentialité et l'abus de droit — Au regard du droit des obligations, il est possible d'assimiler la confidentialité à une « *prérogative contractuelle* »²⁷⁸ dont la jouissance est conférée à celui qui est à l'initiative du transfert de l'information. Comme de nombreuses obligations de ne pas faire, l'engagement de confidentialité doit alors d'être soumis à un contrôle de proportionnalité de la part des juges du fond. Dans un objectif de protection de l'information, celui qui entend imposer la confidentialité à son partenaire lors de la négociation aura tout intérêt à la limiter dans l'espace

²⁷⁸ Voir en ce sens : M. CAURA, *Secret et contrat*, thèse, Lille 2, 2001, n° 300.

et dans le temps²⁷⁹. À l'occasion de ce contrôle, les tribunaux vont prohiber les clauses trop restrictives en appréciant la vigueur de l'obligation au regard du but recherché. Ainsi, la clause qui empêchera ou subordonnera le droit de produire des documents confidentiels en justice à l'acceptation du créancier sera-t-elle réputée non écrite, en considération de sa contrariété avec une règle d'ordre public. En ce sens, la Cour d'appel de Versailles a estimé dans un arrêt en date du 18 mars 2005 que « *la confidentialité ne peut éliminer ni la faute commise en dressant un rapport défavorable sur la base de données insusceptible de la justifier, ni le préjudice qu'elle cause* »²⁸⁰. Il se peut également que l'illicéité de l'obligation de confidentialité soit fondée sur son objet. En ce sens, il ne saurait être imposé de confidentialité sur des informations dont la nature serait illicite comme le travail dissimulé, la commission d'un délit d'initié ou l'insertion de clauses abusives dans un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur.

2 : La lettre de confidentialité et l'engagement perpétuel

240. La possible assimilation de l'obligation de confidentialité à un engagement perpétuel — En pratique, l'obligation de confidentialité ne prend pas fin à l'issue de la procédure data-room. En effet, le vendeur a toujours intérêt à maintenir confidentielles les informations qu'il a communiquées aux candidats à l'acquisition dès lors que celles-ci peuvent comporter des données stratégiques telles que le montant des loyers pratiqués dans l'immeuble cible ou encore le taux d'effort des preneurs. La lettre de confidentialité à laquelle les parties ont recours dans la procédure de data-room comporte systématiquement une clause fixant la durée précise durant laquelle les négociateurs sont tenus de ne pas divulguer l'information portée à leur connaissance. Cependant, il se peut qu'il ne soit fait mention d'aucune durée dans la lettre de confidentialité. Or, en l'absence de terme, il est possible d'assimiler l'obligation de confidentialité à un engagement perpétuel, prohibé par le droit français. En tout état de cause, la sanction d'une absence de durée dans le corps de l'acte n'est pas pour autant une cause de nullité, la convention étant simplement réputée à durée indéterminée. Cette solution ne présente pas que des avantages pour le créancier de l'obligation, la jurisprudence

²⁷⁹ Voir en ce sens : C. BOILLOT, « L'obligation de ne pas faire : étude à partir du droit des affaires », *RTD. Civ* 2010, p. 243.

²⁸⁰ CA Versailles, 3^{ème} ch., sect. B, 18 mars 2005, *Juris-Data* n° 2005-273682.

estimant de façon constante qu'une obligation à durée indéterminée emporte le droit pour chacune des parties d'y mettre fin unilatéralement et sans juste motif, et ce, à tout moment. Depuis une décision du Conseil constitutionnel en date du 9 novembre 1999, il est affirmé que « la liberté qui découle de l'article 4 de la Déclaration de 1789 justifie qu'un contrat de droit privé à durée indéterminée puisse être rompu unilatéralement par l'un ou l'autre des cocontractants, l'information du cocontractant ainsi que la réparation du préjudice éventuel résultant des conditions de la rupture devant toutefois être garanties »²⁸¹. S'il est vrai que la résiliation ne peut être remise en cause, le négociateur à l'initiative de la rupture peut néanmoins engager sa responsabilité contractuelle dans le cas où sa mauvaise foi pourrait être démontrée²⁸². En tout état de cause, l'absence de terme dans l'accord de confidentialité peut être source d'une insécurité pour le créancier, dès lors que le débiteur est fondé à se délier de son obligation à tout moment et sans son accord préalable.

La doctrine estime que l'accord de confidentialité est assorti d'un terme implicite. Celui-ci est matérialisé soit par le moment où le créancier n'aurait plus d'intérêts spécifiques au maintien de la confidentialité ; soit lorsque celle-ci serait tombée dans le domaine public sans pour autant que cela puisse être imputable à un agissement quelconque du débiteur ; soit encore lorsque l'information serait devenue obsolète, ce qui peut être assez rapide pour les données financières inhérentes à l'immeuble cible, mais en revanche plus long pour toutes les données techniques qui lui sont afférentes. La jurisprudence en la matière est rare : la seule intervention des juges du fond sur ce type d'espèce est allée dans le sens de la doctrine²⁸³. La durée de l'obligation de confidentialité est comprise entre 12 et 24 mois dans le cadre de la cession de l'immeuble mise en œuvre par le biais d'une data-room.

²⁸¹ Voir en ce sens : Cons. Const., 9 novembre 1999, *RTD civ* 2000, n° 109.

²⁸² Voir en ce sens : CA Paris, 8 juin 1994, *D.* 1995, p. 69. Pour une rupture de mauvaise foi durant laquelle l'auteur de celle-ci avait invoqué des motifs fallacieux.

²⁸³ Cass. com., 2 avril 1979, *RTD civ.* 1979, p. 812. La Cour de cassation a estimé à propos d'une obligation de confidentialité inhérente à un procédé technique contractée par un ingénieur que l'obsolescence du procédé en fonction de l'écoulement du temps délivrait la société qui l'avait embauché de son obligation de confidentialité.

B : La sanction du manquement à l'obligation de confidentialité, limite pratique à l'efficacité du contrat temporaire de négociation

241. Les sanctions contractuelles et les sanctions alternatives — Le vendeur peut prévoir des stipulations particulières de nature à dissuader les candidats-acquéreurs de manquer à leurs engagements contractuels, renforçant ce faisant l'efficacité de la lettre de confidentialité. Cependant, tel est rarement le cas dans la pratique, la plupart des lettres de confidentialité étant muettes à ce sujet, traduisant un certain scepticisme quant à leur portée. Ainsi, la sanction contractuelle demeure la solution de principe en cas de violation de la confidentialité (1), bien que le débiteur puisse théoriquement avoir recours à des sanctions alternatives (2).

1 : Le difficile exercice de l'action en responsabilité contractuelle

242. La charge de la preuve — L'action en responsabilité contractuelle engagée par le débiteur peut s'apparenter pour lui à un véritable « parcours du combattant ». Il pourra en effet se trouver face à une double difficulté tenant d'abord à la charge de la preuve puis à la démonstration du préjudice subi. La charge de la preuve est fonction de la nature de l'obligation. Ainsi une obligation de moyens a-t-elle pour conséquence d'obliger le créancier à démontrer la véracité d'un comportement fautif imputable au débiteur. *A contrario*, une obligation de résultat induit une responsabilité objective, le créancier étant dispensé de rapporter la preuve de la faute du débiteur. Le simple constat du manquement à son engagement contractuel suffira à mettre en œuvre la responsabilité de celui-ci en dehors des cas de force majeure. La nature de l'obligation est fluctuante en fonction de la rédaction de l'accord de confidentialité. En effet, une obligation de ne pas faire est en principe une obligation de résultat. Cependant, si l'accord prévoit que le débiteur sera tenu de conserver l'information avec le soin attendu d'un bon père de famille, l'obligation sera de moyens et relèvera à ce titre de l'article 1137 du Code civil. De plus, même s'il est établi que l'obligation mise à la charge du débiteur est une obligation de résultat, il subsistera un doute quant à l'absence totale de preuve mise à la charge du créancier. La relation multipartite dans laquelle se trouvent les négociateurs induit que de chacun des candidats à l'acquisition sera débiteur d'une obligation de confidentialité. Le vendeur désirant ester en justice sur ce fondement

pourrait alors être tenu de prouver que le manquement à la confidentialité est imputable au débiteur dont il recherche spécifiquement la responsabilité. Néanmoins, l'absence de jurisprudence sur ce point ne permet pas d'étayer cette réflexion dans un sens ou dans l'autre.

243. Le préjudice subi — La jurisprudence de la Cour de cassation a facilité la démarche inhérente à la démonstration du préjudice subi par le créancier de l'obligation de confidentialité. En effet, pour les obligations de ne pas faire, il est ici dérogé au principe selon lequel le créancier souhaitant obtenir réparation devra démontrer que le manquement du débiteur à obligation contractuelle a été de nature à lui causer un préjudice²⁸⁴. Sans pour autant supprimer l'exigence d'un préjudice, la haute juridiction décharge le créancier de l'obligation tenant à rapporter la preuve de son existence. En tout état de cause, celui-ci aura l'obligation de fournir les éléments de nature à évaluer l'étendue du dommage causé par le manquement contractuel. Il peut s'agir d'une perte de gain, d'une perte de chance ou d'un préjudice moral. L'accord de confidentialité pourra stipuler une clause pénale déterminant par avance le montant des dommages et intérêts dus par le débiteur.

Cependant, si l'action en responsabilité contractuelle donne lieu à des dommages et intérêts, la crainte de sa mise en œuvre n'est pas toujours suffisante pour dissuader le débiteur de l'obligation de confidentialité.

2 : L'inefficacité des sanctions alternatives

244. L'action en résolution judiciaire — En dehors de l'action en responsabilité contractuelle, le créancier ne dispose que de moyens de pression relativement limités pour imposer au débiteur l'exécution de son obligation de confidentialité. Si la technique contractuelle connaît ses limites intrinsèques, il s'avère que les autres actions en justice sont en l'espèce dépourvues d'intérêt. En effet, l'action en résolution judiciaire n'aurait pas de sens en cas d'échec des négociations : il serait impossible d'effacer rétroactivement la connaissance qu'a eue le débiteur des informations qui lui ont été transmises. Cette action peut cependant présenter un intérêt lorsque le débiteur fautif est celui qui a acquis l'immeuble à l'issue des

²⁸⁴ Voir en ce sens : Cass. 3^{ème} civ., 31 mai 2007, *Bull. civ.* 2007, II, n° 191 ; Cass. 1^{ère} civ., 14 octobre 2010, n° 09-69.928, *inédit* : La Cour retient que « celui qui contrevient à une obligation de ne pas faire doit des dommages et intérêts par le seul fait de la contravention ».

pour parler, bien que son intérêt soit à l'opposé d'un tel manquement. En effet, la violation de l'engagement de confidentialité pourrait entraîner la résolution judiciaire de l'acte de cession dès lors que l'engagement de confidentialité y est réitéré. La perspective d'un anéantissement rétroactif de la cession et les conséquences qui lui sont attachées pourraient ainsi décourager l'acquéreur de manquer à son obligation de confidentialité.

245. L'action en exécution forcée — L'action en exécution forcée n'est possible que dans les cas où le récipiendaire de l'information a commencé à exploiter celle-ci, qu'il en prépare la divulgation ou encore qui n'accomplit pas une des diligences convenues. Cette action est prévue par les principes Unidroit énonçant que si « *les informations n'ont pas encore été divulguées ou seulement en partie, la partie lésée peut également demander une injonction conformément au droit applicable* »²⁸⁵. Cependant, l'exécution en nature devient inefficace lorsque la divulgation a été effectuée de façon irrémédiable.

Il ressort de cette analyse que lorsqu'ils sont mis en œuvre dans le cas spécifique de la confidentialité, les moyens traditionnels de protection présentent une efficacité des plus moyennes. Le créancier s'est alors tourné vers des effets dissuasifs plus convaincants en tentant de responsabiliser le débiteur de l'obligation dès la signature de l'accord grâce à la clause pénale. Elle pourra être accompagnée le cas échéant du dépôt d'une garantie bancaire ou d'un cautionnement en espèces par le débiteur. Une autre technique jouant sur la fibre morale et l'importance que les sociétés accordent à leur image de marque, consiste à imposer au débiteur la publication d'un communiqué mentionnant son manquement contractuel en cas de violation.

246. La contractualisation de la confidentialité n'est pas une arme de dissuasion massive — Il ressort de l'analyse des sanctions tant légales qu'alternatives que la contractualisation de la confidentialité n'est pas le « remède miracle » permettant au vendeur de protéger la totalité des informations transmises lors de la procédure de data-room. Elle permet à tout le moins de définir précisément les informations protégées (à savoir toutes celles qui sont transmises par le vendeur) et d'éviter les incertitudes du droit commun.

²⁸⁵ Principes Unidroit (2004), commentaire art. 2.16.

Il nous faut à présent aborder la contractualisation de l'obligation d'information, corollaire de l'obligation de confidentialité stipulée par les candidats à l'acquisition dans les lettres d'intention qu'ils ont pu remettre au vendeur.

§2 : L'obligation précontractuelle d'information

247. L'existence d'une obligation d'information lors des pourparlers — La procédure de data-room donne une grande latitude au vendeur dans le choix des données qu'il entend transmettre aux candidats à l'acquisition, et ce, pendant toute la phase des pourparlers.

Cette liberté qui paraît absolue de prime abord est cependant limitée par une double considération. La première est d'ordre économique : une absence de communication des éléments propres à déterminer la valeur de l'actif lors de la négociation pourrait compromettre sérieusement le succès de la vente. En effet, l'ouverture d'une data-room incomplète ne permettrait pas d'apprécier les risques opérationnels inhérents à l'immeuble. Elle serait sanctionnée par une diminution drastique du prix d'acquisition voire un arrêt de la procédure avant la remise des offres fermes. Les acquéreurs potentiels ne manqueront pas d'interpréter la pauvreté de la data-room en termes de documentation comme une réticence du vendeur à leur transmettre des éléments pouvant obérer la valeur de l'actif immobilier, voire comme la dissimulation de certaines composantes.

La seconde idée est d'ordre juridique. La jurisprudence comme la doctrine reconnaissent l'existence d'une obligation d'information précontractuelle durant la négociation. Autonome au regard du dol, elle permet de sanctionner sur le terrain de la responsabilité délictuelle la négligence du vendeur qui ne communiquerait pas à ses partenaires une information de nature à influencer leur consentement. Cette transmission de l'information occupe une place centrale dans la procédure de data-room, il est légitime que les parties souhaitent la contractualiser afin de préciser tant les contours de cette notion que son champ d'application. Il nous faudra donc définir l'obligation précontractuelle d'information (I), avant d'analyser ses conditions de mise en œuvre au regard de sa contractualisation dans le cadre spécifique de la procédure de data-room (II).

I : Le régime de l'obligation précontractuelle d'information

248. La définition et les effets de l'obligation précontractuelle d'information —

Il sera nécessaire de définir dans un premier temps la notion d'obligation d'information appliquée à la phase précontractuelle (A), avant de voir par la suite les effets qui y sont rattachés (B).

A : Les éléments constitutifs de l'obligation d'information

249. L'obligation d'information et le fait pertinent —

Le Code civil n'envisage pas l'obligation précontractuelle d'information lors de la période de formation du contrat. Bien qu'ancienne²⁸⁶, cette notion a été théorisée relativement récemment par Mme Fabre-Magnan²⁸⁷. Elle s'est progressivement détachée de celle de dol pour acquérir son autonomie, et fait aujourd'hui l'objet d'une sanction sur le fondement des articles 1147 et 1382 du code précité, c'est-à-dire sur le droit commun des obligations.

Partant, l'expression « obligations d'information » très fréquemment utilisée au pluriel par la doctrine recouvre des obligations dont le contenu varie selon l'acception entendue. Ainsi est-elle utilisée tant pour évoquer l'obligation générale précontractuelle d'information (qui pèse sur la plupart des professionnels) que pour mentionner certaines obligations d'information propres à certaines situations et à certains professionnels. Pour caractériser la première de ces deux situations, il serait plus adéquat d'utiliser « devoir général d'information » et « obligation renforcée » pour la seconde. Cette dichotomie s'impose en effet depuis l'arrêt *Buon* du 5 novembre 1991²⁸⁸.

Le champ d'application de l'obligation précontractuelle d'information a longtemps été entendu de manière restrictive par la doctrine qui l'analysait comme étant intrinsèque à l'objet du contrat. Il est cependant admis aujourd'hui par la majeure partie des auteurs que cette obligation doit nécessairement porter sur un fait pertinent. Mme Fabre-Magnan définit en ce

²⁸⁶ Voir en ce sens : Cicéron, *De Officiis*, Livre III, XV, n° 65 et s. in *Les devoirs*, livre II et III, Société d'édition les Belles lettres. coll. « Guillaume Budé », 1984, p.104 et s.

²⁸⁷ M. FABRE-MAGNAN : *De l'obligation d'information dans les contrats : essai d'une théorie*, LGDJ, Paris, 1992.

²⁸⁸ Cass. com., 5 novembre 1991, *Bull. civ.* 1991, IV, n° 327 ; *D.* 1991, p.269.

sens l'obligation d'information comme « *étant tout élément susceptible d'entraîner chez le créancier une réaction, en ce sens que si ce dernier avait connu l'information, il aurait agi différemment, c'est-à-dire par exemple qu'il aurait refusé de conclure le contrat ou encore aurait pu prendre ses dispositions pour en obtenir une correcte exécution* »²⁸⁹.

Avant de déterminer les informations susceptibles de relever de cette obligation lors de la procédure de data-room, il nous faudra définir avec précision l'obligation précontractuelle d'information, et ce, tant en considération de son élément matériel (1) que de son élément moral (2).

1 : L'élément matériel de l'obligation d'information

250. L'élément matériel de l'obligation précontractuelle d'information — Les informations dont il est question sont par essence défavorables au débiteur de l'obligation. Le fait pertinent qu'il sera tenu de rapporter à ses créanciers sera constitutif de trois éléments cumulatifs. Ainsi, celui-ci devra nécessairement se rapporter à l'objet des obligations nées du contrat (a); il devra présenter une utilité certaine pour le créancier (b) et enfin sa révélation ne devra pas être illicite (c).

a : L'information doit se rapporter à l'objet du contrat

251. L'obligation d'information doit porter sur l'objet du contrat — De longue date, il est admis par la jurisprudence que le cocontractant a l'obligation de renseigner son interlocuteur sur « *les données essentielles du contrat et plus généralement sur celles que ce dernier a intérêt à connaître* »²⁹⁰. L'obligation d'information diminue à mesure que le renseignement dont il est question s'éloigne de l'objet des obligations contractuelles²⁹¹.

²⁸⁹ M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats : essai d'une théorie*, LGDJ, Paris, 1992.

²⁹⁰ Voir en ce sens : CA Aix-en-Provence, 21 octobre 1988, *Bull. Aix 1988*, n° 106.

²⁹¹ Voir en ce sens : Cass. 1^{ère} civ., 14 décembre 1999 ; n° 97-18.468, *Lamyline*. Une société ayant vendu à un professionnel un outil de réparation de chaussure n'était pas tenue d'informer celui-ci sur l'état et les perspectives du marché concerné, mais seulement sur l'utilisation de ladite machine. Voir également : Cass. 1^{ère} civ., 2 juillet 2002, *Bull. civ. 2002*, I, n° 178 ; *D.* 2003, p. 169, note B. Beigner En matière d'assurance, « *l'obligation de*

252. Les notions d'« informations communes » et d'« informations privilégiées »

— L'obligation d'information va imposer au débiteur de porter à la connaissance du créancier toutes les informations présentant pour lui un intérêt. Cette notion d'intérêt s'analyse en ce que l'information est nécessaire et décisive pour emporter le consentement éclairé du créancier. En ce sens, il appartient au vendeur de divulguer non pas l'ensemble des informations portant sur le contrat, mais celles qui ne sont pas quérables et dont son partenaire ne peut avoir connaissance par ses propres moyens. Comme l'énonce Ripert, « *lorsque l'un des cocontractants était seul en mesure de connaître un fait ignoré de l'autre, il devait, par honnêteté révéler ce fait* »²⁹². L'obligation d'information apparaît dès lors qu'il résulte des faits qu'il était manifestement impossible pour l'un des négociateurs d'accéder personnellement à l'information et ce, soit en raison de la nature du contrat, soit en considération des qualités respectives des parties²⁹³. Corrélativement, s'il s'agit d'une information commune, c'est-à-dire quérable par tout un chacun, il n'appartiendra pas au cocontractant qui en dispose de la transmettre à son interlocuteur dès lors qu'il lui suffisait de déployer ses efforts pour en prendre connaissance. La jurisprudence a consacré ce principe à travers l'arrêt *Baldus* du 3 mai 2000²⁹⁴.

conseil de l'assureur peut s'étendre à des circonstances qui excèdent le cadre de l'opération d'assurance qu'il propose».

²⁹² G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^{ème} éd., LGDJ, Paris 1949, spéc. n° 48.

²⁹³ Voir en ce sens : Cass. 3^{ème} civ., 15 novembre 2000, *Bull. civ.* 2000, III, n° 171 ; *D.* 2002, p. 928, obs. O. Tournafond. À propos d'un terrain vendu par un particulier à une société d'exploitation minière qui a omis de lui révéler la richesse du sous-sol.

²⁹⁴ Cass. 1^{ère} civ., 3 mai 2000, *Bull. civ.* 2000, I, n° 131, *Contrats, conc., consom.* 2000, comm. n° 140, note L. Leveneur ; *JCP. G* 2001, II, n° 10510, note C. Jamin ; *Défrénois* 2000, p. 1110, obs. D. Mazeaud ; *RTD civ.* 2000, p. 566, obs J. Mestre et B. Fages. Cinquante photographies de Baldus ont été vendues aux enchères publiques pour un prix de mille francs. Postérieurement, la venderesse a proposé à l'acquéreur une deuxième vente portant sur un nouveau lot de photographies du même artiste pour le même prix. Par la suite, la venderesse s'est aperçue que les ventes avaient été sous-évaluées du fait de sa méconnaissance de la renommée de Baldus en tant que photographe, ce que n'ignorait pas l'acheteur. La Cour de cassation sanctionna le jugement des juges du fond ayant retenu la réticence dolosive : elle affirma qu'aucune obligation d'information ne pesait sur l'acquéreur et qu'il appartenait à la venderesse de se renseigner sur la notoriété du photographe. L'information était accessible à l'un comme à l'autre.

La Cour prend alors pour appui sur la nature privilégiée de l'information et la qualité du cocontractant qui doit cependant être conciliée d'une part avec le caractère nécessairement excusable de l'erreur provoquée par le dol (en ce sens qu'une erreur grossière ne peut porter que sur une information commune et non privilégiée) ; et d'autre part sous réserve qu'elle ne porte pas sur la valeur de la chose²⁹⁵.

253. L'utilité de l'information au regard de l'opération contractuelle —

L'obligation précontractuelle d'information existe à chaque fois que l'opération contractuelle envisagée comporte une part de risque. Tel est évidemment le cas lorsque le contrat porte sur une chose dangereuse²⁹⁶. En matière médicale, le Code de la santé publique vise « *les risques fréquents ou graves normalement prévisibles* »²⁹⁷ et met ainsi à la charge du praticien médical une obligation d'information. Il en va de même en matière de risques juridique et judiciaire pour lesquels la jurisprudence est relativement fournie. Ainsi, le dispensateur de crédit est-il tenu d'un devoir de mise en garde, de même que les institutions bancaires qui se doivent d'informer leurs clients sur les risques d'un investissement spéculatif²⁹⁸.

Au-delà du risque, l'utilité de l'information s'entend aussi de celle portant sur le prix et les caractéristiques du contrat. L'information pertinente peut en ce sens porter sur un élément juridique lié à la chose, au produit ou au service objet du contrat. En ce sens, il incombe à un fournisseur d'avertir son partenaire sur l'existence et la portée des réglementations en

²⁹⁵ Voir en ce sens : Cass. 3^{ème} civ., 27 janvier 2007, *bull. civ.* 2007, III, n° 5. Une promesse de vente a été consentie à un marchand de biens. Les juges du fond ont retenu la nullité au motif que celui-ci n'a pas révélé à son cocontractant, exploitant agricole, l'information essentielle tenant au prix de l'immeuble, à laquelle il avait accès en sa qualité d'agent immobilier. La Cour de cassation a censuré ce raisonnement et retenu que « *l'acquéreur même professionnel n'est pas tenu d'une obligation d'information au profit du vendeur sur la valeur du bien acquis* ».

²⁹⁶ Voir en ce sens : Cass. 1^{ère} civ., 14 décembre 1982, *Bull. civ.* 1982, I, n° 361 ; *RTD civ.* 1983, p. 544, obs. G. Durry. La vente portait dans le cas d'espèce sur un produit agricole dangereux pour les yeux.

²⁹⁷ Voir en ce sens : Art. L.1111-1 alinéa 1 du Code de la Santé publique. Également : Cass. 1^{ère} civ., 18 décembre 2002, *Bull. civ.* 2002, I, n° 313. Sur l'obligation d'information du médecin qui ne s'étend pas aux risques imprévisibles.

²⁹⁸ Voir en ce sens : Cass. com., 5 novembre 1991, *Bull. civ.* 1991, IV, n° 327 et Cass. com., 10 décembre 1996, *Bull. civ.* 1996, IV, n° 307 ; *D.* 1997, p. 15 ; *JCP. E* 1997, IV, n° 116.

vigueur²⁹⁹. Dans le même sens, il incombe au vendeur d'une propriété d'informer l'acheteur de l'existence d'un droit de chasse³⁰⁰.

L'utilité de l'information peut également porter sur d'autres contrats. En effet, si l'information n'est pertinente que dans la mesure où elle se rapporte à l'objet des obligations contractuelles, cela n'exclut pas qu'elle puisse porter sur l'existence d'autres conventions. En ce sens, le cédant d'un fonds de commerce exploitant une activité de parfumerie est tenu de révéler au cessionnaire le contenu des contrats de distribution agréés le liant à de grands parfumeurs³⁰¹.

c : L'information doit être licite

254. L'illicéité de l'information s'oppose à sa transmission — Bien qu'elles soient pertinentes au regard de l'opération contractuelle, toutes les informations illicites ne pourront pas être communiquées dès lors que le législateur prohibe leur transmission. À titre d'exemple, nous pouvons citer l'article L.465-1 du Code monétaire et financier punissant le fait « *pour les dirigeants d'une société mentionnée à l'article L.225-109 du Code de commerce, et pour les personnes disposant, à l'occasion de l'exercice de leur profession ou de leurs fonctions, d'informations privilégiées sur les perspectives ou la situation d'un émetteur dont les titres sont négociés sur un marché réglementé ou sur les perspectives d'évolution d'un instrument financier ou d'un actif visé au II de l'article L.421-1 admis sur un marché réglementé, de réaliser ou de permettre de réaliser, soit directement, soit par personne interposée, une ou plusieurs opérations avant que le public ait connaissance de ces informations* ». Dans le même esprit, le secret professionnel ou le respect de la vie privée peuvent s'opposer à la communication de l'information et venir ainsi limiter le champ d'application de l'obligation d'information qu'il nous faut à présent apprécier au regard de son élément moral.

²⁹⁹ Voir en ce sens : Cass. 1^{ère} civ., 27 octobre 1981, *Bull. civ.* 1981, I, n° 315 ; *RTD civ.* 1982, p. 616, obs. P. Rémy.

³⁰⁰ Voir en ce sens : Cass. 3^{ème} civ., 20 mars 1996, *Bull. civ.* 1996, III, n° 84 ; *RJDA* 1996, n° 767.

³⁰¹ Voir en ce sens : Cass. com., 4 mai 1993, *Bull. civ.* 1993, IV, n° 63 ; *Contrats. Conc., consom.* 1993, comm. n° 171, note L. Leveneur ; *JCP E* 1994, I, n° 310, note M-L. Izorche, *RTD civ.* 1994, p. 93, obs. J. Mestre.

2 : L'élément moral de l'obligation d'information

255. Les composantes de l'élément moral — En matière d'obligation d'information, peu importe que le débiteur taise celle-ci intentionnellement ou non, dès lors que l'élément moral est caractérisé en présence d'une ignorance légitime du créancier à l'égard de celle-ci. Pour que cette ignorance légitime puisse valablement être caractérisée, encore faut-il que le créancier de l'obligation d'information soit considéré comme étant un véritable ignorant en la matière **(b)** et qu'il ne soit pas tenu par un devoir de se renseigner **(a)**.

a : Le créancier de l'obligation ne doit pas être tenu par un devoir de se renseigner

256. Le devoir de se renseigner — Pour que l'ignorance du créancier soit admise, encore faut-il qu'aucune obligation de renseignement ne soit mise à sa charge. En effet, l'objectif poursuivi par l'obligation précontractuelle d'information est de combler un déséquilibre informationnel entre les précontractants et en aucun cas de pallier à l'absence de diligence de celui qui ne fait pas l'effort de quérir l'information, sous réserve que celle-ci lui soit accessible. Ainsi, l'obligation précontractuelle d'information ne vise-t-elle pas à désavantager celui qui a été rechercher celle-ci pour en tirer profit, en ne le sanctionnant pas pour ne pas l'avoir pas transmise. Il est traditionnellement admis que chacun a le devoir de se renseigner³⁰². Ce principe s'impose aux parties à la négociation,³⁰³ mais il n'est cependant pas absolu. Il n'aura vocation à jouer que dans les cas où le créancier de l'obligation n'avait pas la possibilité de se procurer l'information, soit à raison de son inaptitude professionnelle, soit en considération d'une difficulté matérielle. Il doit être exclu lorsqu'en raison d'une relation de confiance, de la nature du contrat, d'un lien de famille, ou d'une différence de statut³⁰⁴, l'intéressé pouvait penser que l'autre partie prendrait l'initiative de l'informer.

³⁰² Voir en ce sens : P. JOURDAIN, « Le devoir de se renseigner », *D.* 1983, p. 139.

³⁰³ Voir en ce sens : Cass ; 3^{ème} civ., 29 mars 2006, *Bull. civ.* 2006, III, n° 91. « *En sa qualité de professionnel de la vente de bien foncier, la SAFER, bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente, était tenue de se renseigner sur la disponibilité du bien avant d'accepter une promesse unilatérale d'achat de ce bien* »

³⁰⁴ Est ici visé le couple professionnel-consommateur.

257. L'ignorance du créancier — Quand bien même le principe de se renseigner demeurerait, l'obligation d'information n'en est pas pour autant systématique. Pour qu'elle existe, il faut qu'un déséquilibre informationnel puisse être caractérisé entre les parties à la négociation. Cela signifie que l'une des parties est moins informée que l'autre de telle sorte que son consentement mérite d'être éclairé. La nature quérable de l'information doit être considérée comme un élément décisif de sa pertinence. L'obligation précontractuelle d'information n'est donc pas due dès lors qu'il est établi que le prétendu créancier avait connaissance de ladite information.

Dans le même sens, une information connue de tout le monde n'a pas besoin d'être rapportée, ce qui exclut les informations « communes ». Lors de la négociation, le vendeur n'a pas à informer l'acquéreur potentiel d'un fait qui est de notoriété publique dans le monde des professionnels et que tout candidat à l'acquisition était réputé connaître³⁰⁵. Il est de jurisprudence constante que l'obligation de conseil ne s'applique pas aux faits portés à la connaissance de tous³⁰⁶. Ainsi est-il établi que la limite à l'obligation d'information ne repose pas sur la compétence du créancier, mais bien sur l'objet de l'information. Il nous reste à présent à en voir les effets.

B : Les effets de l'obligation d'information

258. Les effets de l'obligation précontractuelle d'information sont tributaires du régime de responsabilités dont elle relève — Il conviendra dans un premier temps de définir la nature de la responsabilité applicable au regard de l'obligation précontractuelle d'information (1), avant de voir dans un second temps la sanction prévue en cas d'inexécution (2).

³⁰⁵ Voir en ce sens : Cass. com, 17 juillet 2001, *D.* 2002, p.1003, obs. G. Pignarre. A propos du développement d'un supermarché présenté comme le plus grand d'Europe.

³⁰⁶ Voir en ce sens : Cass. 3^{ème} civ. 6 mars 2002, *RGDA* 2002, p. 386, note L. Mayaux.

1 : La nature de la responsabilité envisagée au regard de l'obligation précontractuelle d'information

259. L'obligation précontractuelle d'information est par nature une obligation de moyens³⁰⁷. Au stade de la formation du contrat, elle est assimilable à une obligation précontractuelle dont la méconnaissance se traduit en principe par un engagement de la responsabilité délictuelle de son auteur. Néanmoins, la jurisprudence a tendance à l'assimiler à une obligation de nature contractuelle³⁰⁸. Plusieurs raisons peuvent expliquer ce rattachement. La première tient au fait que les tribunaux se fondent parfois sur l'existence d'un contrat de conseil préparatoire à la conclusion du contrat envisagé. Plus pragmatique, la seconde tient au fait que le manquement du débiteur à son obligation d'information se manifeste au stade de l'exécution du contrat définitif. Il est alors opportun de rattacher cette violation à une autre obligation telle que celle de sécurité, celle de conseil voire celle de garantie ou de délivrance. Dans le cadre de la procédure de data-room, en l'absence de contractualisation des pourparlers, l'obligation précontractuelle d'information sera analysée comme procédant du régime de la responsabilité délictuelle précontractuelle dont le fondement relève du devoir général de bonne foi auquel sont tenus les négociateurs. Partant, dès lors que les créanciers décident de contractualiser l'obligation d'information (notamment pour pouvoir définir précisément les informations qui en relèvent), il conviendra de la traiter comme une obligation de nature contractuelle dont il nous reste à déterminer les effets.

2 : La sanction de l'inexécution de l'obligation précontractuelle d'information

260. Le principe tenant en l'octroi de dommages et intérêts en cas d'inexécution de l'obligation d'information — L'inexécution de l'obligation précontractuelle

³⁰⁷ Voir en ce sens : Cass. 1^{ère} civ., 23 avril 1985, *Bull. civ.* 1985, I, n° 125 ; *D.* 1985, p. 558, note S. Dion ; *RTD Civ.* 1986, p. 340, obs. J. Mestre. Pour le rattachement de l'obligation d'information au stade de la formation du contrat en tant qu'obligation de moyens.

³⁰⁸ Voir en ce sens : Cass. com., 25 juin 1980, *Bull. civ.* 1980, IV, n° 276 ; *RTD Civ.* 1981, p. 157, obs. G. Durry. Dans le cas d'espèce, la responsabilité d'un fabricant de peinture a été retenue dès lors qu'il était établi qu'il n'avait pas conseillé correctement l'acheteur au regard de la destination de la peinture achetée. La Cour de cassation a clairement rattaché ce manquement à l'obligation d'information à la responsabilité civile contractuelle.

d'information n'entraîne pas en principe l'anéantissement du contrat dès lors qu'elle n'est pas génératrice d'un vice du consentement. Pour obtenir la réparation du dommage procédant de l'inexécution de l'obligation, il appartient au créancier de rapporter la preuve d'un préjudice. La détermination du préjudice réparable corrélé au défaut de transmission de l'information est difficile à établir dès lors qu'il impose d'apprécier les conséquences de l'inexécution du débiteur sur le consentement du créancier au regard de la conclusion du contrat final. En ce sens, il appartient aux tribunaux de juger si l'absence de transmission d'informations était ou non de nature à avoir une incidence sur la conclusion du contrat final. Pour les cas d'espèce où un tel lien viendrait à exister, la jurisprudence a retenu que le défaut d'information de la caution par l'établissement de crédit « *entraînait une perte de chance de ne pas contracter* »³⁰⁹. Par la suite, la Cour de cassation a abandonné le fondement basé en la perte de chance pour finalement retenir que le préjudice consistait dans le fait même de ne pas avoir été informé³¹⁰.

261. L'exception tenant en une nullité exceptionnelle du contrat en cas de vice du consentement — Il est possible que le défaut d'information affecte la lucidité du contractant, de sorte qu'il constituera un vice du consentement qui sera naturellement considéré comme une cause d'annulation du contrat. En ce sens, il y aura erreur dès lors que l'information non délivrée concernait la qualité substantielle d'une prestation. En revanche, il y aura réticence dolosive lorsque l'information gardée par l'une des parties visait à inciter l'autre à conclure le contrat et qu'elle aura déterminé son consentement. Après avoir défini la notion d'information soumise à l'obligation précontractuelle, il nous reste à appréhender sa mise en œuvre dans le cadre spécifique de la procédure de data-room.

³⁰⁹ Voir en ce sens : Cass. com., 20 octobre 2009, *Bull. civ.*, 2009, IV, n° 127 ; *D.* 2009, p. 2971, note D. Houtcieff.

³¹⁰ Voir en ce sens : Cass. 1^{ère} civ., 3 juin 2010, *D.* 2010, p. 1522, note P. Sargos. En l'espèce, un patient atteint d'une tumeur a été opéré. Postérieurement à l'intervention chirurgicale, il est devenu impuissant. La Cour de cassation a admis au visa des articles 16, 16-3 alinéa 2 et 1382 du Code civil qu'« *il résulte des deux premiers de ces textes que toute personne a le droit d'être informée préalablement aux investigations, traitements, ou actions de prévention proposés, des risques inhérents à ceux-ci, et que son consentement doit être recueilli par le praticien, hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle elle n'est pas à même de consentir (...) et que le non-respect du devoir d'information qui en découle, cause à celui auquel l'information était légalement due, un préjudice, qu'en vertu du dernier des textes susvisés, le juge ne peut laisser sans réparation* ».

II : La mise en œuvre de l'obligation d'information appréciée dans le cadre de la procédure de data-room

262. La difficulté de mise en œuvre de l'obligation d'information lors de la procédure de data-room — Dès lors qu'elle n'a pas fait l'objet d'une contractualisation dans le cadre de la procédure de data-room, la mise en œuvre de l'obligation d'information peut sembler de prime abord difficilement applicable ; en ce sens, elle peut ne pas constituer un moyen de protection efficace ayant vocation à défendre les intérêts des candidats à l'acquisition. Deux causes principales peuvent expliquer cette inadéquation entre la procédure de data-room et l'obligation précontractuelle d'information. La première tient en une définition imprécise des informations soumises à cette obligation, ce qui est peu compatible avec l'esprit de la procédure : il appartiendra aux acquéreurs potentiels de se fonder sur l'information transmise par le vendeur en vue de définir le modèle économique d'acquisition (A). La seconde tient à la qualité des parties qui peut se révéler être un véritable obstacle à sa mise en œuvre lors de la négociation (B).

A : L'imprécision du contenu de l'obligation précontractuelle d'information

263. L'imprécision du contenu de l'obligation d'information est difficilement compatible avec la procédure de data-room — La procédure de data-room ne relève pas d'un régime de responsabilité précontractuelle spécifique dans lequel les contours de l'obligation d'information peuvent être définis avec le niveau de précision requis. En ce sens, l'information ciblée par l'obligation définie précédemment (c'est-à-dire dans un vocable général) reste trop imprécise pour être de nature à rassurer les parties qui en sont créancières. La détermination de la nature de l'information (en ce qu'elle est ou non quérable par les parties) illustre que, appréciée dans son cadre général, cette obligation est entendue par les juges du fond de façon plutôt libérale. Pour la jurisprudence, l'obligation d'information ne doit pas signifier pour la partie informée qu'elle doit nécessairement renoncer à une « bonne affaire ». Ainsi, la jurisprudence *Baldus*³¹¹ s'est-elle prononcée en l'absence d'une forte

³¹¹ Cass. 1^{ère} civ., 3 mai 2000, *Bull. civ.* 2000, I, n° 131, *Contrats, conc., consom.* 2000, comm. n° 140, note L. Leveneur ; *JCP. G* 2001, II, n° 10510, note C. Jamin ; *Défrénois* 2000, p. 1110, obs. D. Mazeaud ; *RTD civ.* 2000, p. 566, obs J. Mestre et B. Fages.

intensité du devoir de loyauté au regard de l'obligation d'information : la Cour de cassation a validé la possibilité de réaliser une bonne affaire en considération de l'ignorance de l'autre partie. L'obligation d'information ne doit donc pas être comprise comme relevant du sacrifice pour la partie qui a fait l'effort de la quérir. Les frais économiques qu'elle a engagés pour réaliser cette découverte lui permettront en effet de tirer profit de la conclusion du contrat final.

Cette logique est difficilement conciliable avec le désir des candidats-acquéreurs d'être abreuvés de toutes les informations possibles afin de pouvoir apprécier au plus juste la valeur de l'immeuble durant la période contractuelle. Ceux-ci supportent le coût économique de la procédure de data-room qui de par l'ampleur des audits peut être particulièrement élevé. Comment admettre alors qu'au nom de son droit à ne pas se sacrifier, le vendeur puisse légalement renoncer à la communication d'une information dont il connaît toute l'importance qu'elle revêt pour ses partenaires ? Ainsi, ressort-il clairement de l'analyse de l'obligation d'information considérée dans son acception générale qu'elle est inadaptée compte tenu du niveau de protection recherché par les créanciers. Ces derniers ne pourront pas prendre le risque d'immobiliser des capitaux dans des audits coûteux tout en sachant qu'il est possible pour le vendeur de ne pas porter à leur connaissance une information de nature à obérer la valeur de l'immeuble ou à minimiser un des risques opérationnels procédant de l'arbitrage de l'immeuble sur data-room.

B : L'incidence de la qualité des parties sur l'obligation d'information

264. Une obligation d'information entière en présence d'un créancier profane

— Le champ d'application de l'obligation d'information fluctue en considération de la qualité des parties. S'il s'avère que l'un des négociateurs est considérée au regard de l'opération contractuelle comme profane en la matière face à un professionnel, elle bénéficie d'une obligation d'information pleine. Dans le même sens, le professionnel qui contracte en dehors de sa sphère de compétence est également créancier d'une obligation d'information. Cette position est très clairement affirmée par la jurisprudence qui retient que « *l'obligation d'information et de conseil du vendeur à l'égard de son client sur l'adaptation du matériel vendu à l'usage duquel il est destiné existe à l'égard de l'acheteur professionnel dans la*

mesure (...) où sa compétence ne lui donne pas les moyens d'apprécier la portée exacte des caractéristiques techniques du dispositif en cause »³¹².

265. L'obligation d'information réduite en présence d'un créancier averti — De par son degré de spécialisation et son coût particulièrement élevé³¹³, la procédure de data-room portant sur un immeuble ou un portefeuille d'immeubles commerciaux induit qu'elle soit mise en place entre des professionnels de l'investissement immobilier considérés au regard de l'obligation d'information comme des créanciers avertis. Or, s'il s'avère que le créancier de l'obligation considéré comme un profane bénéficie d'une obligation d'information pleine, celle-ci s'amenuise dès lors qu'il est considéré comme « averti ». En ce sens, l'ampleur de l'obligation d'information et donc sa capacité à prémunir les acquéreurs potentiels contre l'incurie du vendeur est tributaire de la qualité qui leur sera reconnue.

La recherche des critères permettant de définir la qualité des parties à la négociation relève de la casuistique. En tout état de cause, la seule considération de leur activité professionnelle ne suffira pas forcément à induire que celles-ci disposaient du socle de connaissance propre à faire d'elles des créanciers avertis. Les juges du fond seront alors enclins à se prononcer selon un faisceau d'indices. Ainsi ressort-il de la jurisprudence que le négociateur sera généralement considéré comme averti dès lors qu'il était à même de percevoir la nature des engagements qu'il a contractés en raison des compétences qui lui sont prêtées. Cette analyse procède de la vocation même de l'obligation d'information qui n'a pas à être un palliatif à l'absence de diligence de l'une des parties, mais plus un moyen visant à rétablir l'équilibre informationnel entre les négociateurs inégaux. Ce faisant, elle poursuit l'objectif d'éclairer le consentement de celui qui en éprouverait le besoin en imposant de façon plus ou moins coercitive à son partenaire de lui transmettre une information dont il a connaissance. Partant, le débiteur de l'obligation n'est pas tenu à la fourniture d'une information précontractuelle lorsque celui qui s'en prétend créancier sait à quoi s'en tenir du fait de ses compétences.

³¹² Voir en ce sens : Cass. 1^{ère} civ., 20 juin 1995, *Bull. civ.* 1995, I, n° 227 ; *JCP. E* 1996, I, n° 523, obs. D. Mainguy ; *RTD civ.* 1996, p. 387, obs. J. Mestre ; *RTD com.* 1996, p. 105, obs. B. Bouloc.

³¹³ Les frais d'audit peuvent aller d'une centaine de milliers d'euros pour l'audit d'un immeuble commercial à plusieurs millions d'euros dans le cas d'une cession portant sur une pluralité d'actifs. Le coût est donc fonction de l'ampleur de la cession envisagée dans le cadre de la procédure de data-room.

Dans la procédure de data-room, la qualité des parties vide l'obligation précontractuelle d'information de sa substance : les professionnels de l'immobilier sont considérés comme des créanciers avertis en ce qu'ils ont toutes les compétences requises pour apprécier l'éventuelle réalisation de l'opération contractuelle. Ils bénéficient à ce titre d'une obligation d'information nécessairement réduite, incompatible avec la logique de l'opération d'arbitrage. La jurisprudence de la Cour de cassation illustre la réduction du champ d'application de l'obligation d'information dans le cas d'une vente entre professionnels en retenant qu'« *une société spécialiste dans la construction de navires en polyester, exploitant par ailleurs un chantier naval, a la compétence pour apprécier les conditions de stockage des moules (dont elle venait de faire l'acquisition) destinés à la réalisation de la nacelle et de la coque d'un catamaran* ³¹⁴» en ce sens il n'incombait pas à la société venderesse de fournir ces informations à l'acquéreur professionnel dès lors que ses compétences lui permettaient de les appréhender. Dans le même sens, l'obligation précontractuelle d'information portant sur les caractéristiques techniques des biens objets de la vente n'existe que dans la mesure où la compétence de l'acquéreur ne lui donne pas les moyens d'apprécier leur portée exacte³¹⁵. Par ailleurs, il n'appartient pas au vendeur d'informer l'acquéreur professionnel d'un fait qui est de notoriété publique dans le monde des professionnels du commerce et que celui-ci devait nécessairement connaître³¹⁶.

Il ressort de cette analyse qu'en considération des imprécisions entourant le contenu et le champ d'application de l'obligation d'information, mais aussi de la qualité des parties lors de la négociation initiée dans le cadre de la procédure de data-room, le niveau de risque tenant en une absence de communication de l'information est très important. Ainsi, le recours à la contractualisation de l'obligation d'information semble-t-il indispensable et constitue ce faisant une des clauses de la lettre d'intention. Il nous reste à voir comment la pratique a normalisé le contenu de l'information transmise.

³¹⁴ Voir en ce sens : Cass. 1^{ère} civ., 29 mai 2001, *Lamyline*, n° 98-21.857.

³¹⁵ Voir en ce sens : Cass. com., 19 février 2002, *Lamyline*, n° 99-13.100.

³¹⁶ Voir en ce sens : Cass. com., 17 juillet 2001, *D.* 2002, p. 1003, obs P. Pignarre. En l'espèce était présentée à un professionnel du monde de l'immobilier commercial la réalisation d'un projet d'implantation d'un centre commercial présenté comme le plus grand d'Europe, information dont il devait nécessairement connaître l'inexactitude en raison de ses compétences.

III : L'organisation contractuelle de la transmission de l'information

266. La transmission de l'information en considération des deux phases de la négociation — Lors de la procédure de data-room, la transmission de l'information par le vendeur aux candidats à l'acquisition de l'immeuble s'effectue en deux phases successives. Dans un premier temps, le vendeur va contacter plusieurs investisseurs potentiels à qui il remettra un mémorandum informatif postérieurement à leur acceptation des conditions relatives à la confidentialité. À ce stade, le contenu de l'information transmise dépend uniquement de la volonté du vendeur et n'a fait l'objet d'aucune contractualisation. Cependant, la pratique a normalisé ce document en prévoyant le socle d'information qu'il doit comprendre *a minima*. Cette volonté de standardisation s'explique de par la qualité des parties, professionnel de l'immobilier, et des méthodologies financières qu'elles appliquent afin d'apprécier l'opportunité d'investissement. En ce sens, ce socle d'information doit impérativement comprendre les éléments permettant d'estimer la valeur de l'immeuble qui sera ensuite affinée dans le cadre des audits réalisés sur la base de la data-room.

Pour la suite, la transmission de l'information relève d'une véritable contractualisation de l'obligation et de mécanismes propres à organiser sa diffusion auprès des candidats potentiels admis à poursuivre la négociation et donc à intégrer la data-room. Ici il ne s'agit pas d'appréhender ses mécanismes de fonctionnement interne qui feront l'objet de développements spécifiques ; il est plutôt question d'analyser comment, dans la lettre d'intention, les candidats à l'acquisition entendent se prémunir du risque rattaché à une absence de transmission des informations qu'ils estiment fondamentales pour la réalisation de l'opération.

Nous verrons dans un premier temps comment la pratique a défini un standard informationnel en imposant un modèle de mémorandum informatif contenant les informations préliminaires à l'opération de cession-acquisition portant sur l'immeuble (A). Dans un second temps, il nous faudra analyser comment les parties opèrent une véritable contractualisation de l'obligation d'information par le biais de la lettre d'intention en vue de définir le contenu de l'information transmise dans le cadre de la data-room (B).

A : La standardisation par la pratique du contenu du mémorandum informatif

267. La transmission de l'information doit permettre la réalisation d'une première estimation de l'immeuble - Le mémorandum ne vise pas en une communication exhaustive de l'information inhérente à l'immeuble, mais en la transmission d'un ensemble d'éléments préliminaires propres à réaliser une première estimation de celui-ci. Elle s'articule autour de trois axes constitués d'un volet informatif sur la situation globale de l'actif immobilier (1), d'un volet juridique qui présente le mode d'organisation de la propriété de l'immeuble (2), et enfin des données financières nécessaires à la détermination d'une offre préliminaire d'achat (3).

1 : La situation globale de l'actif immobilier

268. La présentation du contexte de l'opération de cession — De façon liminaire, il appartient au vendeur de resituer le contexte général de l'opération de cession en présentant l'immeuble commercial en tant qu'opportunité d'investissement. Les informations transmises concernent donc classiquement la présentation de la zone commerciale dans laquelle il est implanté, le plus souvent assortie d'une étude illustrant son accessibilité au regard des différents moyens de desserte. Par la suite, une analyse de la zone de chalandise³¹⁷ permet de déterminer la concurrence à laquelle est ou sera confronté l'immeuble commercial. Pour ce faire, les professionnels disposent d'instruments qui leur sont propres, comme le logiciel

³¹⁷ La zone de chalandise d'un point de vente est la zone habituelle ou prévisionnelle (en cas d'ouverture) de provenance de l'essentiel des clients de ce point de vente. Le contour de cette zone est influencé par les distances, les temps d'accès, l'attractivité du point de vente et sa concurrence. Lors d'une étude de potentiel commercial préalable à l'ouverture d'un point de vente, la zone de chalandise est déterminée en fonction des temps de déplacement et à un degré moindre, en fonction des distances. Pour un point de vente existant, la zone de chalandise est déterminée précisément à l'aide des adresses des clients obtenues par les moyens de paiement (chèques), les cartes de fidélité ou par une demande de code postal au passage en caisse. La représentation de cette zone peut donner lieu à l'utilisation de courbes isochrones ou de courbes isométriques. Elle est souvent divisée en zone primaire, secondaire et tertiaire correspondant à des intervalles de temps de déplacement (moins de 5 min, de 5 à 10 min, de 10 à 20 min) qui peuvent être variables selon la nature et l'attractivité des points de vente. La zone de chalandise peut également être divisée en fonction de la part de la population fréquentant le point de vente au sein de chaque zone. L'étude de la zone de chalandise est utilisée à des fins prévisionnelles lors d'une ouverture et pour optimiser les investissements publicitaires.

« *codata* »³¹⁸. Celui-ci permet de prendre connaissance de l'offre commerciale présente et en cours de développement sous forme de carte. En dernier lieu, une présentation de l'actif immobilier en tant que tel est jointe sous la forme d'un plan de commercialisation, mentionnant la répartition des différents locataires en fonction de la nature de l'activité qu'ils exploitent. Il s'agit ici de mettre en avant la qualité des enseignes et de rappeler les informations pouvant influencer sur la valorisation du site comme une éventuelle ouverture le dimanche ou le nombre de places de parking.

Durant la procédure de data-room, le vendeur poursuit l'objectif de céder l'immeuble au meilleur prix possible. Comme tout bon vendeur, il va effectuer un travail de persuasion à travers lequel il n'aura de cesse de mettre en avant toutes les qualités de l'immeuble et d'en minimiser les défauts. En présentant les informations portant sur la situation globale de l'immeuble, il entendra présenter celui-ci sous dans son meilleur angle et influencer la valorisation qui en sera faite par les candidats acquéreurs à la hausse. Par conséquent, une bonne accessibilité par les différents moyens de transport (voire une desserte par les transports en commun) ainsi qu'une position dominante de l'actif immobilier commercial sur sa zone de chalandise ou encore une absence de concurrence tant pour les projets déjà réalisés que pour ceux en développement, seront-ils de nature à induire une augmentation de la valeur. Dans le même sens, la présentation du plan de commercialisation doit illustrer la bonne santé de l'actif immobilier, soit parce qu'il ne comporte qu'un taux de vacance réduit, soit parce qu'il dispose d'un fort potentiel de réversion. Enfin, la qualité des enseignes qui jouissent ou non d'une visibilité nationale ou internationale, ainsi qu'une éventuelle ouverture sept jours sur sept sont des éléments qui influencent le chiffre d'affaires des preneurs et qui sont donc intégrés dans la détermination de la valeur préliminaire d'acquisition.

³¹⁸ Le logiciel *codata* est un outil d'aide à la décision pour les professionnels de l'immobilier commercial. Il s'agit d'une base de données qui va permettre de localiser un actif immobilier commercial au sein de sa zone et d'y apprécier la concurrence à laquelle il sera confronté pour le présent, mais aussi pour l'avenir grâce à la collecte des informations relatives aux autorisations délivrées par les Commissions départementales d'Aménagement Commercial.

2 : L'organisation juridique de l'immeuble

269. La pleine propriété, la copropriété et la division en volume —

L'organisation juridique de la propriété de l'immeuble est fonction du possible fractionnement du droit de propriété qui y est afférent. En l'absence de division du droit de propriété, le vendeur pourra céder l'immeuble en pleine propriété. En revanche, dans le cas contraire, il ne pourra céder que les lots de copropriété ou de volume lui appartenant. Dès lors que l'immeuble a fait l'objet d'un fractionnement de son droit de propriété, son organisation juridique sera effectuée soit conformément au statut de la copropriété au titre de la loi du 10 juillet 1965³¹⁹ et de son décret d'application du 7 mars 1967³²⁰, soit par le biais d'une division en volume, imaginée par le Doyen Savatier, et permise tant en application de la loi précitée que de l'article 552 du Code civil³²¹. Il appartient donc au mémorandum informatif d'une part de renseigner les candidats-acquéreurs sur l'organisation juridique de l'immeuble soumis à la cession et d'autre part en cas de fractionnement du droit de propriété, d'identifier les différents lots de copropriété ou de volume dont il envisage la cession ainsi que d'explicitier les modalités de gestion dont ils relèvent (à savoir du syndicat des copropriétaires ou d'une association syndicale libre).

L'organisation juridique de l'immeuble dont la cession est projetée revêt une importance particulière en ce qu'elle influe directement sur le prix de la cession. En effet, la détention d'un actif immobilier en pleine propriété sera toujours un facteur de valorisation supplémentaire par rapport à un immeuble présentant un fractionnement du droit de propriété.

3 : Les données financières inhérentes à l'immeuble

270. Les données financières — Le principal élément communiqué et de loin le plus important aux yeux des candidats est l'état locatif. Il s'agit d'un tableau des engagements

³¹⁹ Loi n° 65-557 du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis.

³²⁰ Décret d'application n° 67-223 du 7 mars 1967.

³²¹ L'article 552 du Code civil dispose que « *la propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous. Le propriétaire peut faire au-dessus toutes les plantations et constructions qu'il juge à propos, sauf les exceptions établies au titre "Des servitudes ou services fonciers". Il peut faire au-dessous toutes les constructions et fouilles qu'il jugera à propos, et tirer de ces fouilles tous les produits qu'elles peuvent fournir, sauf les modifications résultant des lois et règlements relatifs aux mines, et des lois et règlements de police* ».

locatifs pris par le bailleur. Il synthétise les conditions financières des baux ou des conventions d'occupation des locataires de l'immeuble. Les principaux éléments qui y sont repris sont les surfaces des locaux ainsi que le loyer facial en cours qui ne comprend pas les aménagements locatifs éventuels accordés de manière temporaire aux locataires. Viennent par la suite les charges communes afférentes au local. Ce document de travail poursuit également l'objectif de présenter de façon synthétique la durée des baux en cours assortie des échéances locatives donnant la possibilité pour le locataire de mettre fin à la convention sans avoir à verser d'indemnité en cas de départ. Enfin, les modalités d'indexation sont les indices de référence utilisés pour la détermination du loyer facial en cours.

De la même façon, un tableau présentant les différents aménagements locatifs va permettre au candidat-acquéreur de prendre connaissance des éventuels accompagnements accordés aux locataires dans le cadre de l'exploitation de leur local : les allègements de loyer, les participations à des travaux éventuels destinés au locataire de manière *intuitu personae*, les éventuelles exemptions de charge ou le plafonnement celle-ci.

B : La contractualisation de l'obligation d'information et l'ouverture de la data-room

271. Des différentes possibilités de contractualiser l'obligation précontractuelle d'information — Il n'agit pas ici de voir comment fonctionne la data-room, mais plutôt d'analyser comment, par le biais de la lettre d'intention, les candidats à l'acquisition entendent se prémunir contre un défaut de transmission d'informations du fait du vendeur lors de l'ouverture de la data-room. Dès lors qu'il n'existe ni lois ni règlement imposant au vendeur de mettre à la disposition de ses partenaires un contenu d'information particulier, les acquéreurs auront tout intérêt à contractualiser l'obligation précontractuelle d'information dans l'inadéquation relevant du droit commun, et ce, afin d'éviter d'être soumis au bon vouloir du vendeur.

Partant, deux hypothèses étaient envisageables : la première aurait consisté à lister dans la lettre d'intention toutes les pièces que le vendeur aurait été contractuellement tenu de communiquer aux candidats-acquéreurs afin de leur assurer un degré d'information optimale sur chacune des composantes de l'immeuble. Cette hypothèse se heurte néanmoins à la casuistique entourant chaque opération d'arbitrage immobilier. En effet, en ayant recours à cette méthodologie, les candidats-acquéreurs s'exposent au risque de ne pas pouvoir être

suffisamment exhaustifs et donc de passer à côté d'informations particulièrement importantes sans pouvoir par la suite obtenir la réparation de ce préjudice en invoquant la responsabilité contractuelle du vendeur. Cela est compréhensible puisque celui-ci aura satisfait aux exigences de la lettre d'intention en ne communiquant en data-room que les pièces mentionnées. Il ne pourrait donc être tenu comme responsable du défaut d'information des candidats à l'acquisition. De plus, il est possible que le vendeur ait connaissance d'une information spécifique qui ne pourrait pas être délivrée par le biais d'un de ces documents, comme la demande orale d'un allègement de la part d'un des preneurs à bail exploitant une activité commerciale au sein de l'immeuble. Il apparaît alors que cette solution ne soit pas en mesure d'être un outil suffisant de maîtrise du risque pour ceux-ci qui auront plus volontiers recours à un autre moyen.

La deuxième hypothèse consiste donc en la rédaction d'une clause générale. Par celle-ci, le vendeur qui l'accepte s'engage à travers la data-room d'une part à donner accès à l'ensemble de la documentation afférente à l'immeuble dont il dispose, et d'autre part à porter à la connaissance des candidats-acquéreurs tous éléments ou informations affectant l'immeuble durant la négociation. Cette formulation permet d'inclure dans le champ de l'information relevant de l'obligation contractuelle l'ensemble des faits de nature à influencer sur la valeur de l'immeuble durant la période de la négociation. Ainsi, le candidat à l'acquisition ne prendra-t-il pas le risque de limiter la responsabilité du vendeur au seul cas d'un défaut de transmission d'un document : ce risque englobera également le cas de toutes les informations dont il pourrait avoir connaissance.

Conclusion du Chapitre 2 :

La contractualisation des pourparlers

272. La valeur contractuelle des lettres de confidentialité et d'intention — Lors de la procédure de data-room, les lettres d'intention et de confidentialité échangées par les parties sont nécessairement pourvues d'une valeur contractuelle. Méconnaître cette valeur les rendrait inutiles puisqu'elles ne serviraient au mieux qu'à démontrer l'état d'esprit de leur auteur dans le cadre de la qualification de la faute simple appréciée à l'occasion de l'abus de droit. Or, les négociateurs qui les utilisent cherchent avant tout à mettre à la charge de leur partenaire un ensemble d'obligations dont la méconnaissance pourra être sanctionnée sur le terrain contractuel, dont nous avons pu démontrer l'efficacité comparativement à la responsabilité délictuelle précontractuelle. Dès lors, la maîtrise du risque juridique s'en trouve facilitée, il est en effet plus facile de l'apprécier au regard des conditions de mise en œuvre de la responsabilité contractuelle dont les parties auront pu aménager les effets, notamment par le biais de clauses élusives ou limitatives de responsabilité ainsi que des clauses pénales.

273. La protection des intérêts des parties — Au regard du régime de droit commun de la responsabilité délictuelle précontractuelle, il est apparu que celui-ci n'offrait manifestement pas aux parties un système de protection performant au regard de leurs intérêts spécifiques, à savoir pour le vendeur, la confidentialité des documents transmis lors de la négociation et pour les candidats-acquéreurs l'exhaustivité de l'information nécessaire à la valorisation de l'immeuble. Partant, ces deux impératifs devaient nécessairement faire l'objet d'une contractualisation en vue de positionner sous l'égide de la responsabilité contractuelle les atteintes qui pourraient leur être faites et ainsi de permettre par le biais de cette ordre de responsabilité d'y apporter un degré de protection plus élevé.

À notre sens, cette contractualisation satisfait partiellement à cet objectif, notamment en permettant la définition du contenu de l'information protégée par la confidentialité, ainsi que celle de l'information qu'il incombe au vendeur de communiquer aux acquéreurs potentiels. Néanmoins, force est de constater que cette contractualisation rencontre ses propres limites, notamment en considération de la sanction afférente, l'inexécution des obligations

mises à la charge des parties, et ne doit pas être considérée à elle seule comme « une arme de dissuasion massive » propre à prémunir les négociateurs contre toutes atteintes faites envers leurs intérêts.

Conclusion du Titre 1

Le régime de responsabilité précontractuelle applicable à la procédure de data-room

274. La maîtrise du risque juridique afférent à la négociation passe par la détermination d'un régime de responsabilité précontractuelle — Dans les développements précédents, nous avons pu identifier d'une part les différents régimes de responsabilité précontractuelle pouvant intervenir à l'occasion de la procédure de data-room, et appréhender d'autre part leurs conditions d'engagement qui en matérialisent autant de facteurs de risque juridique pour les parties. Au regard des différentes possibilités pour les négociateurs d'engager leur responsabilité (procédant soit du « droit-police » à savoir civile délictuelle ou pénale ; soit civile contractuelle à l'occasion de l'intervention de la loi contractuelle lors de négociation), il est possible d'établir le régime de responsabilité précontractuelle dont relève la procédure de data-room.

En effet, chaque ordre de responsabilité remplit une fonction propre et sera mis en œuvre distinctement en fonction de la faute commise par l'une des parties. Ainsi, la responsabilité délictuelle pourra-t-elle être perçue comme le régime de droit commun. Il aura vocation à s'appliquer en vue de sanctionner les agissements des négociateurs dès lors que ceux-ci ne sont pas suffisamment graves pour permettre de qualifier une infraction pénale. Ils ne relèveront pas non plus du champ de la responsabilité contractuelle déterminée par les parties. La loi pénale, deuxième composante du « droit-police » applicable à la négociation, ne sera sollicitée qu'à la marge en vue de prévenir les comportements d'une particulière gravité. La pratique n'a jamais relevé l'existence d'une faute pénale commise à l'occasion de cette procédure, du fait notamment de son utilisation par des professionnels souvent entourés de conseils. Cependant, sa mise en œuvre lors de la négociation portant sur la vente de l'immeuble apparaît comme un frein légitime, un véritable facteur de dissuasion, pour ceux qui pourraient être tentés de franchir la ligne rouge au regard de l'enjeu de cette procédure et de sa nature multipartite. Enfin, la loi contractuelle participant à la négociation des parties permet de prendre en considération la casuistique propre à chaque vente d'immeuble tout en permettant la protection des intérêts particuliers des parties qui ne bénéficient pas d'une

protection suffisante en considération de la loi pénale et qui justifie la pénétration de la loi contractuelle lors de la phase de formation du contrat.

Titre 2 : La valorisation de l'immeuble

275. La maîtrise du risque opérationnel par la détermination d'une méthodologie d'audit — La procédure de data-room organise la vente de l'immeuble à rebours d'une vente immobilière classique puisqu'il appartient non au vendeur mais aux candidats-acquéreurs de déterminer son prix d'achat. À la remise des offres fermes (correspondant à la clôture de la data-room), le vendeur choisira discrétionnairement son cocontractant final en fonction de la qualité intrinsèque de chacune de ces offres. Pour leurs permettre de lui proposer un prix d'achat, il devra impérativement constituer une data-room qui comportera une documentation plus ou moins fournie, traitant des différentes problématiques inhérentes à chacune des composantes de l'immeuble. Pour les candidats, la détermination de la valeur d'acquisition est un véritable exercice d'équilibriste. Tels des alchimistes, il leur appartiendra d'effectuer un savant dosage entre le risque d'investissement et la nature concurrentielle de la procédure, en vue d'évaluer l'immeuble à sa juste valeur. Ainsi, entre une valorisation purement financière (fonction des revenus de l'actif déconnecté de sa dimension immobilière) et une intégration systématique de l'ensemble des risques opérationnels (procédant *a contrario* de cette nature susceptible d'en obérer très fortement la valeur), il apparaît que la variable d'ajustement réside dans le poids donné à la part du risque opérationnel dans la détermination du prix d'acquisition. Ainsi, la mise au point d'une méthodologie permettant d'apprécier les facteurs de risque opérationnels les plus importants semble-elle bien matérialiser la recherche de notre pierre philosophale : elle permet de les retraiter dans le modèle économique d'acquisition, tout en restant dans la logique concurrentielle propre à la procédure de data-room.

Il résulte de la nature concurrentielle de cette procédure qu'une offre prenant en compte le risque opérationnel de façon trop agressive (se traduisant par une minoration du prix d'achat) risquerait d'être éclipsée par celle d'un candidat ayant décidé de les assumer à plus forte mesure et qui le répercuterait de façon moins significative dans sa valorisation. Ainsi, la mesure du risque du risque opérationnel et sa juste intégration dans l'élaboration du prix d'achat, doit-il permettre de faire la synthèse entre la vision idyllique que peut avoir le propriétaire de son immeuble (une approche purement financière entièrement fonction du

revenu), et une absence de volonté des candidats d'assumer la part d'aléa que comprend tout investissement par une répercussion systématique du moindre risque dans son modèle économique d'acquisition. En permettant l'appréciation de toutes les composantes de l'immeuble, la data-room sera la véritable clef de voûte de cette procédure puisque son analyse et sa synthèse permettront la détermination du prix d'achat de l'immeuble (**Chapitre 1**). Pour rendre cette analyse la plus claire et la plus efficace possible, il nous appartiendra par la suite de proposer un modèle d'audit permettant aux acquéreurs potentiels d'accomplir cette phase de détermination du prix d'achat de l'immeuble (**Chapitre 2**).

Chapitre 1 : La data-room, clef de voute de la procédure

276. Le paradoxe de la data-room, plébiscitée par la pratique bien qu'inconnue du droit français — Le droit français ne connaît ni de près ni de loin la notion de data-room³²². Il n'y est fait mention dans aucune loi ni aucun règlement. Pourtant, la pratique a généralisé son utilisation : d'abord dans le cadre des opérations de cession-acquisition de société, puis par la suite dans le cadre des ventes d'immeubles ou de portefeuilles d'immeubles. Elle est aujourd'hui incontournable, et s'est imposée auprès des professionnels: elle reflète en quelque sorte tout le sérieux et la dimension financière de l'opération dès lors que ses coûts de mise en œuvre sont particulièrement élevés. Partant, nous nous trouvons aujourd'hui dans une situation quelque peu contradictoire où la pratique a presque systématiquement recours à la constitution d'une data-room alors que le législateur et la majeure partie de la doctrine ignorent son existence. Dans ce silence, il nous appartient de définir la notion de « data-room ». Pour ce faire, nous l'aborderons tant sous un angle théorique (**Section 1**) que pratique (**Section 2**).

³²² Le seul organisme à y faire référence est l'Autorité des Marchés Financiers qui traite de cette notion dans la mise en place d'une data-room en cas de cession d'actif ou de fusion des sociétés cotées. Voir en ce sens notamment : Recommandation AMF n° 2003-01.

Section 1 : L'approche théorique de la data-room

277. La définition de la data-room et son fonctionnement — Dans le cadre de notre approche théorique de la data-room, nous entendons ici nous analyser cette notion en considération d'un axe de réflexion double. Le premier tient à la définition des contours de cet objet qu'est la data-room (§1), puis à l'analyse de son fonctionnement dont nous devinons dans le silence du législateur qu'il ne peut être que contractuel (§2).

§1 : La définition de la data-room

278. La mutation des data-room : du physique au numérique — Il fut un temps peu lointain où le terme de data-room renvoyait à l'expression physique de l'objet qu'il désignait, à savoir une pièce dans laquelle était entreposé l'ensemble de la documentation inhérente à l'immeuble cible de l'opération de cession-acquisition (**I**). Ainsi le vendeur portait-il à la connaissance des candidats potentiels les pièces nécessaires à la réalisation de l'audit et donc à la détermination de la valeur d'acquisition dans une salle surveillée dédiée à cet usage. La révolution que fut l'arrivée d'Internet et des nouvelles technologies de l'information et de la communication a balayé cette conception traditionnelle de la data-room. La dématérialisation était en œuvre et, de pièces fermées, les data-room sont devenues des sites internet protégés (**II**).

I : De la data-room physique...

279. De la genèse de la data-room et de son utilisation dans le cadre de la cession d'immeuble - L'apparition de la notion de data-room dans le paysage français est relativement récente. Il nous faudra dans un premier temps en déterminer l'origine (**A**), pour apprécier les conditions de sa transposition à la vente d'immeuble (**B**).

A : La genèse de la notion de « data-room »

280. L'origine de la notion de « data-room » : la procédure d'*open bid* — Le terme « data-room » est un anglicisme, pouvant se traduire par « salle d'information ». Lorsqu'il analyse cette notion, M. Delesalle retient que « *cette expression se veut explicite : pendant un nombre de jours déterminé, chaque acquéreur potentiel retenu consulte dans une salle mise à sa disposition toutes les pièces que le vendeur aura jugé utile de porter à sa connaissance jusqu'à une date où l'offre d'acquérir devra être remise* »³²³. Nous devinons à travers sa consonance que son origine est à rechercher dans le monde anglo-saxon. Originellement, elle apparut outre-Atlantique dans le cadre d'une procédure bien spécifique de rachat d'entreprise: l'*open bid* ou enchères privées. Le transfert du contrôle d'une société s'effectuait suite à la mise en concurrence de plusieurs acquéreurs potentiels qui déterminaient le prix de cession grâce à la documentation mise à leur disposition par le vendeur. À charge pour lui de choisir l'offre qu'il estimait être la meilleure. La data-room faisait alors référence à la pièce dans laquelle l'ensemble de cette documentation était mis à leur disposition dans des conditions d'accès et de confidentialité propres à sauvegarder les intérêts du vendeur. Les potentiels acquéreurs pouvaient alors en prendre connaissance et la trier dans le temps imparti.

B : Le recours à la procédure de data-room en matière de vente immobilière

281. La transposition de la méthodologie de l'*open bid* aux acquisitions immobilières — Pour comprendre comment la méthodologie de l'*open bid* a été progressivement transposée aux actifs immobiliers, il convient de se reporter à la crise immobilière ayant secoué la France dans le courant des années 1990. À cette occasion, des structures de défaillance furent créées avec pour objectif d'isoler les créances des sociétés dont le bilan était très lourdement affecté par leurs prises de position dans l'immobilier d'exploitation francilien, pour les regrouper et les céder. Il ne s'agissait ni plus ni moins de permettre aux investisseurs immobiliers de liquider une partie de leurs actifs en leur consentant le droit de regrouper puis de céder leur créance, ce que firent les institutionnels français pour se dégager d'une partie de leur patrimoine. À partir de 1993, plusieurs fonds d'investissement américains ont décidé d'investir massivement dans ces cessions de créances

³²³ T. DELESALLE, « Les dangers de la procédure de *data-room* », *op.cit.*, p. 586

dès lors qu'ils avaient anticipé la possibilité de dégager des plus-values à court terme. Pour ce faire, ils appliquèrent aux immeubles la même méthodologie financière que pour les autres classes d'actifs et notamment la détermination du prix d'acquisition de ces biens par des méthodes qui sont fonction du revenu généré par l'immeuble. Ils se tournèrent naturellement vers la procédure d'open bid, et imposèrent la création de data-room à leurs partenaires. Ainsi, les premières data-room immobilières virent-elles le jour, illustrant la marche forcée vers la financiarisation du secteur immobilier qui allait par la suite accéder au statut de classe d'actif au même titre que les classes traditionnelles, actions et obligations. La procédure de data-room n'est cependant pas une procédure de vente aux enchères privées. Il s'agit d'une procédure *sui generis* basée sur la data-room qui en constitue la clef de voûte.

282. La data-room, une salle d'information sous haute surveillance — La data-room réunit toutes les informations juridiques, techniques, comptables, fiscales, environnementales et financières permettant aux candidats à l'acquisition d'analyser toutes les composantes de l'immeuble. Souvent organisée par un conseil spécialement mandaté à cet effet, la data-room dispose d'un règlement précisant son mode de fonctionnement. L'accès à son information sera limité aux seuls candidats à l'acquisition retenus sur la base des offres préliminaires communiquées au vendeur. Ils s'engageront alors à respecter un ensemble de règles relatives à l'utilisation des documents et à leur confidentialité, dont les principales résident dans l'interdiction de les reproduire ou de les emporter. Parfois, la consultation peut s'effectuer sous la surveillance du vendeur qui s'assure qu'aucun document ne puisse être soustrait frauduleusement. La data-room est selon M. Schmidt « *une salle contenant des documents livrant aux personnes qui manifestent un intérêt ou une intention d'acquérir, des informations relatives à l'objet de l'acquisition (...). Les informations contenues dans cette salle complétée par des entretiens avec l'organisateur de la procédure et des visites opérationnelles, sont livrées au candidat acquéreur, ce qui le dispense de procéder à un audit (...) Elle a pour fonction de remettre à l'acquéreur des informations jugées nécessaires à la conclusion de l'opération envisagée, et porte sur des informations qui, par hypothèse, ne sont pas accessibles à tous* »³²⁴. Bien que cet auteur définisse la notion de data-room dans le cadre des opérations de cessions de participation significatives dans des sociétés cotées sur un

³²⁴ D. SCHMIDT « Commentaire de la recommandation n° 2003-01 de la COB relative aux procédures dites de data-room », *JCP. Ent. & Aff.* 2004, n° 15, p. 560.

marché réglementé, cette définition est transposable au contexte de cession d'un immeuble qui nécessite la mise en place d'un tel outil de communication. Partant, dans la pratique, le volume très important de la documentation couplé aux contraintes d'accès (déplacement et coordination des conseils et ce dans toutes les spécialités³²⁵, horaires d'ouverture, etc.) a rendu l'appréciation complète de l'actif plus que difficile. La dématérialisation des data-room, consistant à regrouper les informations sur un réseau sécurisé, devait alors permettre de remédier à ces difficultés.

II : ... A la data-room virtuelle

283. La dématérialisation et l'uniformisation du contenu des data-room — Le passage de la data-room physique à la data-room numérique ou virtuelle a lourdement contribué à démocratiser le recours à cette procédure de vente immobilière (A). De cette démocratisation a découlé une uniformisation du contenu des data-room par la pratique notariale (B).

A : Le passage de la data-room physique à la data-room numérique

284. La data-room, un site internet sécurisé — Sous l'impulsion des nouvelles technologies de l'information et de la communication s'est amorcé un mouvement de dématérialisation des data-room. D'une pièce hermétiquement close, nous sommes passés aujourd'hui à des sites informatiques permettant l'échange d'informations sécurisées. Les documents papier ont été scannés et mis à la disposition des acquéreurs potentiels par l'intermédiaire de data-room virtuelles basées sur le principe des « *SharePoint* ». Il s'agit de sites permettant la création de bibliothèques numériques dont le principe est similaire à celui des offres de gestion électronique de documents. Ils procurent aux parties les avantages de toute base de données numériques : recherche par mot clef, impression des informations et des chiffres utiles à l'opération pour un retraitement dans le cadre de la détermination de la valeur d'achat, accès à distance permettant à tous les utilisateurs autorisés d'accéder aux informations où qu'ils se trouvent géographiquement et sans contrainte d'horaire.

³²⁵ Lors de l'audit mis en place par le candidat à l'acquisition, celui-ci fait intervenir des conseils afin d'appréhender l'immeuble sous tous ses aspects.

Tout comme leurs ancêtres physiques, les data-room numériques sont soumises à un ensemble de règles permettant au vendeur de contrôler l'accès à l'information. Il est le seul à décider des personnes qui y auront accès et pour éviter toute dénaturation de l'information, les documents peuvent être mis en ligne sous des formats spéciaux empêchant de les modifier voire parfois de les imprimer. Le règlement de la data-room numérique reprend les mêmes obligations que celles existant antérieurement pour les data-room physiques, notamment en matière de confidentialité de l'information. Ainsi, la phase d'audit effectuée sur la base d'une data-room numérique se trouve-t-elle simplifiée, voire raccourcie. Elle permet une prise de connaissance simultanée de la documentation par tous les acquéreurs potentiels.

B : Le rôle de la pratique notariale dans l'uniformisation des data-room

285. L'uniformisation des data-room par la pratique notariale — Aujourd'hui, la création et la gestion des data-room virtuelles sont confiées aux notaires qui par le biais de plateformes numériques spécifiques³²⁶ organisent pour le compte du vendeur le partage de l'information de manière sécurisée. En l'absence d'obligation légale ou réglementaire sur la constitution d'une data-room, son agencement n'obéit à aucun formalisme. La liste des documents consultables par les candidats-acquéreurs relève du choix discrétionnaire du vendeur. Les notaires n'engagent pas leur responsabilité sur l'exhaustivité des pièces que le vendeur décide de communiquer. En ce sens, ils ne déterminent pas le degré d'information contenu dans la data-room. En revanche, ils sont tenus à un devoir de conseil envers le vendeur sur la nature des pièces qu'il lui incombe de transmettre et leur responsabilité pourra alors être engagée sur l'authenticité des documents insérés par leurs soins en data-room.

Le fonctionnement de ces bibliothèques numériques est simple d'utilisation. Un index précise la nature et la date de communication des différentes pièces constitutives de la data-room; un « lien hypertexte » permet de prendre connaissance de leur teneur en un trait de temps. Le sommaire tout comme le règlement de data-room est d'une importance particulière dès lors qu'ils sont souvent annexés à l'acte authentique de vente. Eu égard à la masse considérable d'informations disponibles, c'est sur la base de cet index que les acquéreurs effectueront leurs recherches, en se focalisant sur les pièces qui ont un impact direct sur la

³²⁶ Parmi les plateformes spécifiques, nous pouvons citer le logiciel « espace notarial » qui permet l'organisation de bibliothèques numériques dans le cadre des procédures d'arbitrage commercial portant sur un bien immobilier.

valeur de l'actif (titres de propriété, autorisation d'urbanisme voire autorisation commerciale). Dès lors qu'un élément est répertorié dans une data-room, il est réputé avoir été porté à la connaissance de l'acquéreur. En pratique, la durée d'existence souvent limitée de la data-room les oblige à adapter leur méthodologie de travail et à bien déterminer le nombre d'auditeurs qui les aideront à valoriser l'immeuble cible.

Un jeu de questions-réponses se met alors en place. Les candidats à l'acquisition interrogent le vendeur sous forme écrite sur les différents points qu'ils estiment importants, celui-ci étant tenu de leur répondre. Dès lors, cette correspondance annexée à l'acte de vente pourra avoir une valeur contractuelle.

§2 : Le fonctionnement de la data-room

286. Le fonctionnement de la data-room relève de la volonté des parties dans la limite du respect de ses principes directeurs dégagés par la pratique - La data-room obéit à un ensemble de règles qui, dans le silence du législateur, relèvent de la volonté des parties. Ses modalités de fonctionnement font l'objet d'une contractualisation dont la souplesse invite à prendre en compte la casuistique propre à chaque opération **(I)**, dans le respect d'un certain nombre de principes directeurs dégagés par la pratique **(II)**.

I : Le règlement de la data-room

287. Le contenu et la valeur juridique du règlement de data-room — La contractualisation de la volonté des parties tenant au fonctionnement de la data-room se matérialise par un règlement dont il nous faudra dans un premier temps apprécier le contenu **(A)** avant d'en analyser la valeur juridique **(B)**.

A : Le contenu du règlement de data-room

288. Les stipulations contractuelles usuelles des règlements des data-room — En théorie, les négociations entre les parties ont pour objectif de les amener à s'entendre pour

définir ensemble les modalités de fonctionnement de la data-room. L'aboutissement de leurs efforts se manifeste alors dans la rédaction d'un document précontractuel : le règlement de data-room. Dans la pratique, celui-ci est souvent rédigé par le vendeur seul, lequel cherche à travers un ensemble de stipulations à protéger ses intérêts tenant notamment à la confidentialité de l'information qu'il sera amené à communiquer aux candidats à l'acquisition (dans le cas cette problématique n'a pas été traitée précédemment dans le règlement de data-room). L'absence d'intervention législative ou réglementaire visant à en définir le contenu a été palliée par la pratique qui, dans un souci d'uniformisation, de clarté et de transparence nécessaires à la bonne réalisation des opérations de vente d'immeuble par le biais de la procédure de data-room, en a progressivement fixé les contours. Ainsi, un règlement de data-room se présentera-t-il peu ou prou de la même façon, et ce, sans considération des particularités propres à chaque cas d'espèce.

289. Informations essentielles — De façon liminaire, il appartiendra au règlement de mentionner les informations essentielles relatives aux parties (nom et qualité), puis l'objet de la cession, à savoir l'immeuble et le système d'organisation juridique de la propriété qui lui est appliqué. Par la suite et en adéquation avec la raison d'être de ce règlement, y sera stipulé un ensemble de clauses organisant d'une part les conditions d'accès et de transmission des informations, et d'autre part la durée d'ouverture de la data-room ainsi que les personnes autorisées à y accéder. Il fera peser sur chacune des parties des obligations dont il convient à présent de déterminer la portée. Pour ce faire, il nous faudra analyser la nature juridique du règlement de data-room.

B : La nature juridique du règlement de data-room

290. Le règlement de data-room met à la charge des parties des obligations de nature contractuelle sans engager les parties à la conclusion du contrat final — Le règlement de data-room est un document dont la valeur contractuelle est établie (1), mais qui, à l'instar des lettres d'intention de confidentialité, n'est pas de nature à engager le vendeur à réaliser la vente projetée à l'issue des négociations (2).

1 : Les obligations contractuelles du règlement de data-room

La valeur contractuelle certaine des obligations stipulées dans le règlement de data-room — De la même façon que pour les lettres de confidentialité et d'intention, il convient d'analyser le règlement de data-room comme un contrat de négociation, par essence temporaire, ayant pour vocation d'encadrer la transmission de l'information et de garantir sa confidentialité pour une durée arrêtée par les parties. Les obligations qu'il stipule à leur charge sont alors susceptibles d'engager leur responsabilité contractuelle. Pour illustrer nos propos, prenons l'exemple concret d'un candidat acquéreur qui contreviendrait au règlement de la data-room en communiquant ses codes d'accès à une personne non autorisée par le vendeur. Dès lors qu'il en résulterait un préjudice pour ce dernier, il serait fondé à demander la réparation du dommage subi du fait du non-respect de cette obligation de ne pas faire, par nature de résultat, sur le terrain contractuel. Comme pour toutes obligations de ne pas faire, la sanction consistera en l'octroi de dommages et intérêts. Cependant et pareillement aux autres contrats temporaires de négociation utilisés par les parties lors de la procédure, le règlement n'est pas de nature à engager à la réalisation de la vente projetée.

2 : L'absence d'engagement du règlement de data-room à la conclusion de la vente

291. L'absence de valeur contractuelle du règlement de data-room au regard de la conclusion du contrat final — Parfois, un des candidats potentiels peut manifester un intérêt particulier pour l'acquisition de l'immeuble, sans pour autant souhaiter courir le risque de se lancer à corps perdu dans une procédure de data-room dont la logique concurrentielle lui imposera de supporter la charge d'un audit coûteux pour un résultat incertain. En effet, le vendeur dispose d'un choix discrétionnaire quant à l'identité de son cocontractant final. Pour limiter ce risque, il pourra demander à obtenir une exclusivité qui lui assurera d'être le seul à participer à la procédure de data-room, mettant ainsi à bas la logique concurrentielle attachée à cette procédure. Dans ce cas de figure, la nature contractuelle du règlement de data-room pourrait s'analyser comme une acceptation tacite de l'offre formulée dans la lettre d'intention par le candidat potentiel. En d'autres termes, l'acquéreur éventuel pourrait se prévaloir de la formation du contrat de vente par la rencontre des volontés à l'ouverture de la data-room,

l'offre formulée par le vendeur ayant été tacitement acceptée à la signature du règlement de data-room.

Pour remédier à ce risque d'acceptation tacite, la pratique a développé l'insertion systématique d'une clause de non-engagement du vendeur vis-à-vis de l'acquéreur. De ce fait, bien que pourvu d'une nature contractuelle au regard des obligations mises à la charge des candidats, le règlement de data-room ne pourra en aucun cas être invoqué ultérieurement pour forcer le vendeur à conclure l'opération. L'insertion de cette clause de non-engagement s'inscrit dans la logique de la procédure de data-room, au cours de laquelle le vendeur cherchera à rester libre de céder l'actif le plus longtemps possible. En effet, la caractéristique principale de cette procédure est d'octroyer aux parties une souplesse tenant en la possibilité de s'engager le plus tard possible, à la clôture de la data-room. Permettre l'acceptation tacite de l'offre par la transmission d'informations serait totalement contraire à son esprit et ses principes directeurs dont il nous faut à présent prendre connaissance.

II : Les principes directeurs de la data-room

292. L'égalité d'accès à l'information, sa confidentialité et son exhaustivité en tant que principe directeur de la data-room — Les principes directeurs de la data-room sont au nombre de trois. Le premier tient au traitement équitable de tous les candidats dans la transmission de l'information, de façon à ne privilégier aucun d'entre eux au détriment des autres (A). Le deuxième tient au respect de la confidentialité de l'information (B). Enfin, le troisième porte sur l'exhaustivité et la transparence des éléments communiqués (C).

A : L'égalité d'accès à l'information des candidats-acquéreurs

293. Le traitement équitable de tous les candidats à l'acquisition dans la transmission de l'information — Si chacun des candidats potentiels prend le risque de concourir à l'acquisition de l'immeuble et d'assumer ce faisant le coût d'un audit lors de la procédure de data-room, ce n'est qu'en considération de l'égalité de traitement que tous les candidats-acquéreurs sont en droit d'attendre de la part du vendeur. Ainsi, chaque candidat

doit-il avoir accès à la data-room dans les mêmes conditions. En cas de data-room physique, chacun d'entre eux doit pouvoir accéder aux mêmes documents et disposer du même nombre d'heures pour mener à bien son audit. La dématérialisation des data-room a rendu cette exigence plus simple à satisfaire : plus besoin de planning ni de surveillant de salle, plus de problème de documents qui disparaissent, empêchant les autres candidats d'en prendre connaissance. Le principal apport de la dématérialisation a été de réduire drastiquement le risque de créer un déséquilibre entre les candidats au regard de la transmission des informations attachées à l'immeuble cible.

En pratique, le vendeur choisit la liste des candidats et de leur conseil qui se verront attribuer un mot de passe afin d'accéder au site de partage de l'information durant toute la durée d'ouverture de la data-room. Les informations, communiquées en règle générale par l'office notarial en charge de sa constitution, sont insérées soit d'un trait en début de procédure, soit au fur et à mesure en fonction des demandes faites au vendeur. Il lui est cependant interdit de favoriser un ou plusieurs d'entre eux en leur communiquant des informations de façon exclusive. Dans cette hypothèse, les autres candidats seraient fondés à demander la réparation du préjudice subi sur le fondement du manquement par le vendeur à son obligation de bonne foi et à obtenir ainsi des dommages et intérêts proportionnels au coût des audits qu'ils ont diligentés. La nature concurrentielle de la procédure de data-room ne peut se comprendre qu'en considération de cette égalité de traitement, qui rend admissible pour les candidats le risque de ne pas être retenus comme cocontractants à l'issue de la période d'audit. Or, dans l'hypothèse d'une rupture d'égalité entre les candidats, cette prise de risque perdrait toute sa justification.

B : La confidentialité de l'information

294. La confidentialité de l'information transmise en data-room — L'un des atouts majeurs de la procédure de data-room est de permettre la confidentialité de l'information transmise par la signature d'un accord de confidentialité entre les candidats à l'acquisition et le vendeur. Bien qu'elle ne soit pas aussi légitime que dans le cadre d'une cession d'entreprise, elle n'en demeure pas moins justifiée au regard des spécificités du marché immobilier. Il est naturel que le vendeur souhaite garder l'anonymat ainsi qu'un minimum de discrétion. Faire une publicité bruyante autour de la cession pourrait nuire à

l'image du produit immobilier et avoir pour conséquence, comme le rappelle M. Delesalle, « *de déshabiller un peu trop vite la mariée aux yeux des investisseurs qui ne manqueraient pas de se détourner d'un investissement trop connu sur le marché, lequel risquerait d'attirer trop d'intermédiaires* ».

Le vendeur dispose d'une option dans la mise en œuvre de la confidentialité afférente à la période précontractuelle. Il peut soit l'intégrer dans un seul document ayant vocation à couvrir toute la procédure (la lettre de confidentialité), soit la scinder et prévoir par cette technique une première obligation de confidentialité couvrant la période antérieure à la constitution de la data-room, et une seconde couvrant la phase d'audit directement insérée dans le règlement. En pratique, la lettre de confidentialité organise les conditions de transmission et de divulgation de l'information. Elle stipule une durée relativement longue à la confidentialité qui entoure tant l'opération que les éléments communiqués en vue de sa réalisation. Ainsi, celle-ci couvre-t-elle non seulement la période de formation du contrat de vente mais également le début de la phase d'exécution. La confidentialité est érigée en principe directeur de la data-room dès lors qu'elle doit être appréhendée comme le prérequis indispensable à la transmission de l'information et le corollaire nécessaire de la divulgation d'informations parfois stratégiques.

C : La transparence des informations communiquées au sein de la data-room

295. La transparence des informations communiquées en data-room — Le troisième et dernier principe directeur en matière de data-room tient à la communication transparente et à l'exhaustive par le vendeur des éléments inhérents à l'immeuble. En effet, avec le prix et le contrat, le contenu de la documentation communiquée est l'un des trois éléments clefs d'une transaction. Or, pour reprendre M. Saucier, il s'avère « *que ces éléments interagissent entre eux* »³²⁷. Le principe de cette interaction est le suivant : plus la communication sera exhaustive, plus les candidats seront en mesure d'intégrer l'ensemble des risques opérationnels dans la valorisation de l'immeuble. En ce sens, le candidat-acquéreur encouragera souvent le vendeur à faire acte de transparence en n'oubliant pas de souligner l'impact favorable d'une telle démarche sur le prix d'acquisition et sur la limitation des

³²⁷ Voir en ce sens : L. SAUCIER, « La data-room dans le cadre des dues diligences préalables à l'acquisition des titres d'une société cotée », *LPA*. 30 mai 2012, n° 108, p. 12 et s.

garanties contractuelles qu'il soumettra à l'approbation du vendeur à l'occasion de la signature de l'acte authentique de vente.

Après avoir tenté une approche théorique de la notion de data-room il nous faut à présent considérer celle-ci sous une dimension pratique et à cette occasion nous intéresser à son contenu.

Section 2 : L'approche pratique de la data room

296. La détermination du socle d'information minimale contenu dans la data-room — Analyser la notion de data-room dans une dimension pratique consiste à en définir le contenu. Ainsi, le présent développement aura-t-il pour objectif de répondre à la question suivante : au regard d'une vente d'immeuble, quelles sont les informations que doit nécessairement contenir la data-room ? En tout état de cause, aucune obligation n'est faite au vendeur de communiquer une pièce plutôt qu'une autre³²⁸. En ce sens, il pourrait constituer une data-room contenant un niveau d'information faible, voire quasi inexistant. Au-delà de l'obligation précontractuelle d'information dont nous avons apprécié les limites, il n'existe pas de possibilité pour le candidat à l'acquisition de contraindre le vendeur à étoffer sensiblement la data-room. Partant de ce constat, la sanction d'une data-room vide ou incomplète est d'ordre économique. L'absence de connaissance des risques opérationnels par les candidats-acquéreurs se répercute directement sur le prix de cession. En effet, plus une data-room sera exhaustive et meilleures seront les offres d'acquisition faites au vendeur. Répondre à la problématique du contenu de la data-room nous amène à adopter le point de vue des parties et à appréhender la data-room de façon fonctionnelle. En ce sens, notre question initiale pourra être reformulée de la façon suivante : comment une communication efficiente de l'information pourra-t-elle permettre de maximiser le prix de vente de l'immeuble par une juste appréciation de toutes les composantes de l'actif en considération des audits diligentés par les acquéreurs potentiels ?

Il ne s'agit pas pour nous de présenter de façon exhaustive le contenu d'une data-room et ce, pour plusieurs raisons. Chaque data-room contient des éléments différents au regard de la nature de l'immeuble,³²⁹ mais aussi de l'opération contractuelle visée³³⁰. D'autre part, le niveau d'exigence quant à son contenu peut varier selon le degré de rigueur des candidats à

³²⁸ Sous réserve de la théorie des vices du consentement.

³²⁹ En ce sens les éléments communiqués en data-room ne seront pas les mêmes selon qu'est envisagée la cession d'un pied d'immeuble ou d'un centre commercial.

³³⁰ De la même façon, selon que l'opération contractuelle porte sur la vente d'un immeuble (*asset deal*) ou sur celle d'une société dont l'objet est de porter un immeuble (*share deal*), le contenu de la data-room ne sera pas le même.

l'acquisition. Il est alors impossible de présenter un modèle homogène de data-room transposable à l'ensemble des opérations de cession portant sur un immeuble commercial. Cependant, force est de constater au regard de la pratique qu'au-delà de cette hétérogénéité de contenu, les data-room présentent toujours un socle commun. Notre travail consistera donc à identifier les éléments constitutifs de ce socle et de les présenter afin de permettre la constitution d'une data-room fonctionnelle répondant à la demande des acquéreurs potentiels, à savoir la détermination du niveau de risque opérationnel et donc du prix d'acquisition de l'immeuble.

Pour ce faire, nous organiserons notre réflexion autour de trois grands axes. Le premier sera inhérent à l'existence et à la régularité du droit de propriété du vendeur, condition première de la vente, ainsi qu'à l'organisation juridique de la propriété de l'immeuble (§1). Le second tiendra à l'analyse de la pérennité de l'exploitation de l'immeuble et donc à l'appréciation des conditions de perception de son revenu dans le futur (§2). Le dernier portera sur l'exploitation de l'immeuble à proprement parler, à savoir le respect d'un ensemble de normes qui interviennent dans la gestion du bâti (§3).

§1 : Le droit de propriété du vendeur

297. L'analyse des différents éléments afférents à la propriété de l'immeuble — Une analyse portant sur les éléments afférents à la propriété de l'immeuble, pour être complète, devra inclure d'une part sur les éléments établissant le droit de propriété du vendeur sur l'immeuble (I), puis sur ceux afférents à l'organisation juridique de sa propriété (II), et enfin, sur ceux inhérents à l'urbanisme permettant d'apprécier les règles de construction applicables à l'immeuble (III).

I : Le titre de propriété du vendeur

298. Les éléments relevant du droit de propriété — Avant toute chose, le vendeur doit démontrer de façon certaine l'existence du droit de propriété dont il se prétend titulaire

(A) ainsi que la conformité de son assiette au regard de l'immeuble dont la vente est projetée
(B).

A : L'existence et la régularité du titre de propriété

299. Le rôle du notaire dans le contrôle de l'existence et de la régularité de la propriété — En premier lieu, le vendeur doit être en mesure de fournir aux candidats à l'acquisition la preuve qu'il est bien titulaire d'un droit de propriété sur l'immeuble objet de la vente. La propriété se définit légalement comme « *le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements* »³³¹. Apprécié en considération de l'immeuble, ce droit de propriété se décompose en trois attributs : le droit d'en user (l'usus), c'est-à-dire le droit pour le propriétaire de l'habiter ; le droit d'en percevoir les fruits et produits (le fructus), c'est-à-dire le droit de le mettre en location pour en percevoir les loyers ; et enfin le droit d'en disposer (l'abusus), c'est-à-dire le droit de le vendre ou de le donner. Le plus souvent, ces trois attributs sont réunis entre les mains d'un même propriétaire : on dit alors qu'il en détient la pleine propriété. Mais, dès lors que la loi permet le démembrement de la propriété, plusieurs personnes peuvent être propriétaires d'un même bien : on parle alors de propriété indivise.

Le contrôle de la régularité de ce droit de propriété est l'apanage du notaire du vendeur. Pour ce faire, il lui appartient de s'assurer que son client dispose d'un titre de propriété et d'en apprécier l'origine trentenaire, c'est-à-dire de s'assurer que celui-ci ne peut être remis en cause au regard de l'écoulement d'une période de trente ans correspondant à la prescription des éventuels droits des tiers sur l'immeuble. Si le bien a changé de mains pendant les trente années qui précèdent la transaction. Le notaire devra alors révéler les propriétaires et les actes successifs par lesquels le bien a été transmis. Il sera ainsi possible d'identifier par quel type de mutation (vente, partage, donation, succession, etc.) et entre les mains de qui le bien a transité. Doivent y figurer les noms des propriétaires, leur date et lieu de naissance (et de décès le cas échéant), de mariage ainsi que leur profession. Si le bien a été recueilli par un héritier lors d'une succession, l'acte de partage qui constitue le titre de propriété des héritiers pourra mentionner qu'a été établi un inventaire mobilier après le décès.

³³¹ L'article 544 du Code civil dispose que : « *la propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements* ».

Outre la régularité du droit de propriété du vendeur, il appartient également au notaire de vérifier qu'il n'existe pas sur l'immeuble, d'hypothèque pour un montant supérieur au prix de cession, ou à tout le moins au prix minimal auquel le vendeur souhaiterait céder celui-ci dans le cadre de la procédure de data-room. Dans le même sens, il devra le cas échéant purger le droit de préemption urbain permettant à la commune du lieu d'implantation de l'immeuble d'acquérir prioritairement celui-ci en cas de vente.

Pour permettre aux candidats à l'acquisition de s'assurer de la légitimité des prérogatives de droit attachées au titre de propriété du vendeur, il appartient à ce dernier de communiquer en data-room le titre de propriété, les titres antérieurs (dans l'hypothèse où le bien immeuble a plus de trente ans, afin de retracer l'origine de propriété), ainsi qu'un état hypothécaire démontrant l'absence de constitution d'hypothèque pour un montant supérieur à celui escompté par la réalisation de l'opération de cession-acquisition portant sur l'immeuble. De plus, dans le cas où la commune d'implantation serait titulaire d'un droit de préemption urbain sur l'immeuble, il devra fournir le courrier émanant de l'autorité administrative compétente (en l'occurrence le maire) qui actera de son renoncement à préempter l'immeuble.

B : Du contrôle de l'assiette du droit de propriété du vendeur

300. Le rôle du géomètre dans le contrôle de l'assiette du droit de propriété du vendeur — L'acte authentique de vente doit obligatoirement mentionner la superficie du bien vendu. Aucune obligation de contrôler la véracité celle-ci n'est mise à la charge des notaires. Ce régime déclaratif fondé sur la bonne foi fait prévaloir l'existence de l'information sur son exactitude. Ainsi, dans le cadre de la constitution de la data-room, les notaires suggèrent-ils très fortement aux vendeurs de faire réaliser un mesurage de l'immeuble par un expert géomètre et de le communiquer aux candidats à l'acquisition par le biais de la data-room., en vue de prévenir tous contentieux ultérieurs.

En pratique, un immeuble commercial fait toujours l'objet d'un relevé par géomètre antérieurement à la cession, ne serait-ce que pour permettre au vendeur de réaliser son audit interne. Lorsque le vendeur a fait réaliser un mesurage par un professionnel, il n'appartient pas à son notaire ni de l'analyser ni d'en vérifier la qualité. Son rôle se cantonne à indiquer aux parties le texte et les sanctions prévues par la loi Carrez dès lors que l'immeuble serait soumis au statut de la copropriété, et de rappeler au vendeur que la surface est déclarée sous sa seule

responsabilité³³². Le notaire ne se substitue pas au géomètre : son rôle dans l'analyse des plans et certificats techniques se limite à détecter des erreurs matérielles manifestes. Il ne saurait être qualifié de « second plan de juridiction » des experts, n'étant pas lui-même expert technique³³³. Ainsi, le mesurage est-il réalisé sous la seule responsabilité de l'expert géomètre qui l'établit. Le notaire sera cependant tenu d'effectuer une double vérification : en premier lieu, il devra s'assurer que la description des biens vendus résultant du certificat de mesurage correspond bien à celle du titre de propriété du vendeur. En second lieu, il devra vérifier que le mesurage comporte expressément la déduction des surfaces exclues de la loi Carrez³³⁴ dans le cas où l'immeuble cédé serait en copropriété.

Les contrôles de l'assiette du droit de propriété par les candidats à l'acquisition assistés de leurs notaires prendront pour assise les travaux de l'expert géomètre. Il appartient donc au vendeur de communiquer en data-room les documents de nature à leur permettre de les effectuer efficacement. Le premier d'entre eux est le certificat de mesurage qui atteste que l'immeuble a bien fait l'objet d'un relevé géomètre détaillé. La pratique le définit comme l'ensemble des pièces comportant le mesurage des surfaces, à savoir les plans masses étage par étage et les plans masses lot par lot distinguant les surfaces qui pourront faire l'objet d'un bail commercial et celles relevant des espaces communs de l'immeuble. Il devra être dûment tamponné par son auteur afin de pouvoir engager la responsabilité de celui-ci. Il fait apparaître les différentes superficies de l'immeuble en les calculant, au regard des définitions légales et réglementaires. Il permet aux parties de connaître la SHOB (Surface Hors Œuvre Brute)³³⁵ et la SHON (Surface Hors Œuvre Nette)³³⁶ de l'immeuble, toutes deux remplacées par la surface

³³² Voir en ce sens : TGI Paris, 14 mai 2001, 2^{ème} chambre, 1^{ère} section, n° 1, Nouy/ Zyman : « *Le notaire a pour seule obligation d'informer les parties de l'existence des dispositions de la loi Carrez et d'attirer leur attention sur les conséquences d'un mesurage inexact des biens vendus* ».

³³³ Voir en ce sens : TGI Nanterre, 27 septembre 2000, 7^{ème} chambre. B, n° 1998/2666, Michel/ Rozan : « *Les notaires ne sont pas tenus de vérifier l'exactitude des plans qui leur sont fournis ni les superficies déclarées par le vendeur* ».

³³⁴ Loi n° 96-1107 du 18 décembre 1996 améliorant la protection des acquéreurs de lots de copropriété.

³³⁵ Voir en ce sens : Charte de l'Expertise en Evaluation Immobilière, 4^{ème} éd., Paris 2012, p. 54. « *La surface de plancher hors œuvre brute d'une construction est égale à la somme des surfaces de plancher de chaque niveau de la construction* »

³³⁶ *Ibidem*, La SHON se calculait, au regard de la charte de l'expertise en évaluation immobilière, en soustrayant à la (SHOB) les surfaces suivantes : Les surfaces des combles et des sous-sols dont la hauteur sous plafond est inférieure à 1,80 m ; les surfaces des toitures-terrasses, des balcons et des parties non closes situées au rez-de-

plancher³³⁷ depuis le 1^{er} mars 2012, ainsi que la surface GLA (*Gross Leasing Area*)³³⁸.

Le second document est l'attestation de construction dans l'emprise. Il appartient au géomètre d'identifier la parcelle sur laquelle a été édifié l'immeuble et de s'assurer que la construction respecte bien l'emprise de celle-ci. En effet, le vendeur ne peut garantir la régularité de la propriété qu'il détient sur la construction, puisqu'en vertu des dispositions de l'article 552 alinéa premier du Code civil « *la propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous* ». Ainsi, en cas de construction sur le terrain d'autrui, le constructeur n'a-t-il

chaussée ; les surfaces affectées à l'usage de locaux techniques situés en sous-sol et en combles ; les surfaces affectées à l'usage de cave en sous-sol dès lors qu'il n'y a pas d'ouvertures sur l'extérieur autres que celles destinées à l'aération ; les surfaces des bâtiments ou parties des bâtiments aménagées en vue du stationnement des véhicules (garage) ; les surfaces des bâtiments affectées au logement des récoltes, des animaux ou du matériel agricole ; les surfaces égales à 5 % de la surface hors œuvre affectée à l'habitation (déduction forfaitaire relative à l'isolation des locaux), après application des déductions précédentes relatives à l'habitation ; les déductions spécifiques aux opérations de réfection des immeubles d'habitation dans la limite de 5 m² par logement pour des travaux tendant à l'amélioration de l'hygiène ; les déductions d'une surface forfaitaire de 5 m² par logement respectant les règles relatives à l'accessibilité intérieure aux personnes handicapées, prévues selon le cas aux articles R. 111-18-2, R. 111-18-6, ou aux articles R. 111-18-8 et R. 111-18-9 du code de la construction et de l'habitation.

³³⁷ Voir en ce sens : Article R.112-2 du Code de l'urbanisme : « *la surface de plancher de la construction est égale à la somme des surfaces de plancher de chaque niveau clos et couvert, calculé à partir du nu intérieur des façades après déduction : 1 ° Des surfaces correspondant à l'épaisseur des murs entourant les embrasures des portes et fenêtres donnant sur l'extérieur ; 2 ° Des vides et des trémies afférentes aux escaliers et ascenseurs ; 3 ° Des surfaces de plancher d'une hauteur sous plafond inférieure ou égale à 1,80 mètre ; 4 ° Des surfaces de plancher aménagées en vue du stationnement des véhicules motorisés ou non, y compris les rampes d'accès et les aires de manœuvre ; 5 ° Des surfaces de plancher des combles non aménageables pour l'habitation ou pour des activités à caractère professionnel, artisanal, industriel ou commercial ; 6 ° Des surfaces de plancher des locaux techniques nécessaires au fonctionnement d'un groupe de bâtiments ou d'un immeuble autre qu'une maison individuelle au sens de l'article L. 231-1 du code de la construction et de l'habitation, y compris les locaux de stockage des déchets ; 7 ° Des surfaces de plancher des caves ou des celliers, annexes à des logements, dès lors que ces locaux sont desservis uniquement par une partie commune ; 8 ° D'une surface égale à 10 % des surfaces de plancher affectées à l'habitation telles qu'elles résultent le cas échéant de l'application des alinéas précédents, dès lors que les logements sont desservis par des parties communes intérieures ».*

³³⁸ Ibidem, « *elle correspond à la surface hors œuvre nette d'un local commercial augmenté des auvents, paliers extérieurs, gaines techniques. Elle ne comprend pas les voies de desserte ou circulation commune à différents lots. Elle est d'un usage très courant dans les galeries marchandes, les centres commerciaux ou les parcs d'activité commerciale*».

qu'un droit de jouissance sur le fond. Au regard de l'article 555 du code précité, le propriétaire du sol le devient pour les constructions ; dans le cas où il décide de les conserver, il devra impérativement verser au constructeur une somme égale à la plus-value procurée au fond ou au prix actuel de la main d'œuvre et des matériaux. Il peut cependant exiger la destruction des édifices aux frais du constructeur en cas de démonstration de sa mauvaise foi.

Enfin, le dernier document est l'attestation Carrez. En cas de cession d'un lot de copropriété, il incombe au vendeur de mentionner à l'acquéreur la superficie de l'immeuble cédé en considération des dispositions de l'article 4-1 du décret n° 97-532 du 23 mai 1997. Celui-ci impose de calculer la surface comme « *la superficie des planchers des clos et couverts, après déduction des surfaces occupées par les murs, cloisons, marches et cage d'escalier, gaines et embrasures de porte et de fenêtres. Il n'est pas tenu compte des planchers des parties des locaux d'une hauteur inférieure à 1.80 mètre* ». En cas de non-respect de cette obligation légale, l'irrégularité est susceptible d'entraîner l'annulation de l'acte notarié constatant la vente. Elle doit être relevée dans un délai d'un mois à compter de la signature de l'acte authentique.

II : L'organisation juridique de la propriété de l'immeuble

301. Les différents modes d'organisation de la propriété de l'immeuble — Les immeubles commerciaux (et notamment les centres commerciaux, les galeries commerciales et les parcs d'activité commerciale) sont souvent divisés en plusieurs unités lots ou volumes appartenant à des propriétaires différents. Il résulte de cette division de la propriété une nécessaire organisation des rapports entre les différents propriétaires, afin de permettre une bonne gestion des espaces et équipements communs. Pour ce faire, il convient de choisir le mode d'organisation juridique de la propriété le mieux adapté à la situation de l'immeuble (copropriété, volumétrie).

Dans le cadre de la constitution de la data-room, le vendeur se doit de porter à la connaissance des candidats-acquéreurs les éléments afférents à l'organisation juridique de la propriété de l'immeuble. Ces éléments ne seront pas les mêmes selon que l'immeuble relève du statut de la copropriété **(A)** ou des règles inhérentes à la volumétrie **(B)**.

A : L'immeuble soumis au statut de la copropriété

302. Des pièces à communiquer en cas de cession de lots de copropriété —

Lorsque les propriétaires ont fait le choix de soumettre l'immeuble au statut de la copropriété (régit par la loi du 10 juillet 1965³³⁹), le vendeur est tenu de mettre à disposition, par le biais de la data-room, un ensemble de documents propres à ce mode d'organisation de la propriété. En premier lieu, il doit communiquer le règlement de copropriété qui définit les droits et obligations de chacun des copropriétaires. Ce document détermine les parties communes et privatives propres à chaque lot ainsi que leurs conditions d'usage. Par opposition aux parties privatives réservées à l'usage exclusif de chaque copropriétaire de lot, les parties communes sont généralement affectées à l'usage de tous les copropriétaires. Toutefois, chacun d'entre eux doit veiller à ne pas porter atteinte aux droits des autres. Parfois, certaines parties communes peuvent faire l'objet d'un droit privatif au profit d'un ou plusieurs copropriétaires ; il ne s'agit pas d'un droit de propriété, mais d'un simple droit de jouissance. De plus, le règlement de copropriété organise la répartition des charges entre les copropriétaires en indiquant la méthode de calcul utilisée.

L'état descriptif de division est le second élément qui doit faire l'objet d'une communication. Il s'agit d'un document technique obligatoirement réalisé par un géomètre. Celui-ci détermine, mesure et identifie tous les lots de l'immeuble, à savoir les parties privatives et la quote-part de partie commune qui leur est adjointe. Les parties communes sont fractionnées en tantièmes et à chacun des lots identifiés par le géomètre correspondent un certain nombre d'entre elles. Pour leur affectation, l'expert géomètre doit tenir compte de la consistance du lot, sa superficie (à savoir sa nature), sa localisation, sa hauteur sous plafond, etc. Cette quote-part afférente à chaque lot privatif servira notamment à déterminer la participation de chacun des copropriétaires aux charges d'entretien et de travaux de l'immeuble.

Enfin, les procès-verbaux de l'assemblée générale des copropriétaires doivent être transmis aux candidats à l'acquisition concernant au minimum les trois dernières années. Ils leur permettront notamment de déterminer si de gros travaux de rénovation sont prévus pour

³³⁹ Loi n° 65-557 du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis.

les années suivantes, et d'affiner le prix d'acquisition de l'immeuble en conséquence. Dans le même sens, il convient d'y adjoindre les procès-verbaux de nomination-révocation du syndic de copropriété.

B : Le cas de l'immeuble non soumis au statut de la copropriété

303. Les pièces à communiquer en cas de cession d'un lot de volume — Dès lors que l'immeuble n'est pas soumis au statut de la copropriété, son organisation juridique relève d'une association syndicale libre (ASL)³⁴⁰ ou d'une association foncière urbaine libre (AFUL)³⁴¹ qui ne constitue qu'une catégorie de la première, reprenant pour l'essentiel ses règles de fonctionnement : une liberté d'organisation, une administration par un conseil collégial et la reconnaissance d'une personnalité morale. Elles ont été créées pour gérer des bâtiments et équipements communs à plusieurs propriétaires d'immeubles et/ou copropriétés : parkings, dalles, monte-charges, locaux résidentiels, etc. Les parties privatives y sont divisées en volumes, auxquels sont adjoints des tantièmes permettant le calcul de la participation des covolumiers aux charges d'entretien et de fonctionnement de l'immeuble. Il convient donc de mettre à la disposition des candidats à l'acquisition les statuts de l'ASL ou de l'AFUL ainsi que l'état de division en volume mentionnant l'emplacement des différents lots de volume privatif ainsi que celles des volumes et équipements communs. De la même façon qu'une soumission de l'immeuble au statut de la copropriété, il faudra transmettre par le biais de la

³⁴⁰ Les Associations syndicales libres sont des personnes morales regroupant des propriétaires immobiliers de biens voisins, pour la réalisation d'aménagements spécifiques ou leur entretien. Elles doivent répondre à l'un des objets présentés par l'article 1^{er} de l'ordonnance n° 2004-632 du 1^{er} juillet 2004 relative aux associations syndicales de propriétaires, qui constitue la base juridique rénovée de ces structures : « *Peuvent faire l'objet d'une association syndicale de propriétaires la construction, l'entretien ou la gestion d'ouvrages ou la réalisation de travaux en vue :a) De prévenir les risques naturels ou sanitaires, les pollutions et les nuisances ;b) De préserver, de restaurer ou d'exploiter des ressources naturelles ;c) D'aménager ou d'entretenir des cours d'eau, lacs ou plans d'eau, voies et réseaux divers ;d) De mettre en valeur des propriétés.* »

³⁴¹ Les associations foncières urbaines libres sont définies par l'article L. 322-1 du Code de l'urbanisme : « *Peuvent faire l'objet d'une association syndicale de propriétaires la construction, l'entretien ou la gestion d'ouvrages ou la réalisation de travaux en vue :a) De prévenir les risques naturels ou sanitaires, les pollutions et les nuisances ;b) De préserver, de restaurer ou d'exploiter des ressources naturelles ;c) D'aménager ou d'entretenir des cours d'eau, lacs ou plans d'eau, voies et réseaux divers ;d) De mettre en valeur des propriétés.* »

data-room les procès-verbaux de l'assemblée générale et ceux portant sur la nomination-révocation du président de l'association.

III : Les limites à l'exercice du droit de propriété

304. Les règles d'urbanisme peuvent limiter l'exercice du droit de propriété du vendeur — Le vendeur est propriétaire d'un immeuble qui, avant d'être un actif immobilier (lorsqu'il est considéré à travers le prisme de la financiarisation du secteur immobilier), reste avant toute chose une construction. Ce bâtiment s'insère dans un espace urbain plus vaste que sa seule emprise, ayant parfois fait l'objet d'un projet spécifique d'aménagement eu égard à sa destination commerciale³⁴². Le Plan local d'urbanisme (PLU) de la commune sur laquelle il est implanté prévoit un zonage de l'espace auquel correspondent des règles de construction portant tant sur les possibilités constructives que sur la densité du bâti³⁴³. Le vendeur, titulaire d'un droit de propriété, est soumis au respect de cette réglementation qui encadre les possibilités de développement de l'immeuble. Il s'agit là de la première limite posée à l'exercice de son droit de propriété (A), la seconde résidant dans les servitudes qui peuvent éventuellement venir grever l'immeuble (B).

A : Les règles de l'urbanisme

305. Du plan local d'urbanisme défini les possibilités constructives de l'immeuble — Le plan local d'urbanisme (PLU) est le principal document d'urbanisme au niveau communal voire intercommunal. Il a remplacé le plan d'occupation des sols (POS) depuis la loi relative à la solidarité et au renouvellement urbain du 13 décembre 2000³⁴⁴, dite

³⁴² En ce sens, l'immeuble peut avoir été construit au sein d'une zone d'aménagement concerté (ZAC), induisant le respect de règles d'urbanisme spécifiques.

³⁴³ En ce sens, le PLU définit le coefficient d'occupation des sols (COS) qui détermine la quantité de construction admise sur une propriété foncière en fonction de sa superficie. Il est défini par l'alinéa premier de l'article R. 123-10 du Code de l'urbanisme : « *Le coefficient d'occupation du sol qui détermine la densité de construction admise est le rapport exprimant le nombre de mètres carrés de surface de plancher ou le nombre de mètres cubes susceptibles d'être construits par mètre carré de sol* ».

³⁴⁴ Loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbains dite loi SRU.

SRU. Il est défini par le Ministère de l'égalité des territoires et du logement comme « *le document d'urbanisme qui à l'échelle d'une commune ou d'un groupement de communes établit un projet global d'urbanisme et d'aménagement et fixe en conséquence les règles d'utilisation du sol sur les territoires concernés* »³⁴⁵. Ce document comprend un rapport de présentation explicitant les choix effectués notamment en matière de zonage. Il comprend ensuite un projet d'aménagement et de développement durable définissant les orientations générales et d'urbanisme. Enfin figure un règlement accompagné de documents graphiques qui fixent les règles générales applicables dans les différentes zones en les classifiant en zones urbaines, à urbaniser, agricoles, naturelles et forestières. Le règlement et les documents graphiques sont opposables à toute personne publique ou privée pour l'exécution de tous travaux de construction. Lors de la constitution de la data-room, le vendeur doit communiquer les règles d'urbanisme résultant du PLU et applicables à la zone dans laquelle se situe l'immeuble commercial dont la cession est projetée. En effet, au regard de l'implantation de l'immeuble au sein de sa zone naturelle de chalandise, il est possible que les candidats à l'acquisition désirent développer l'immeuble en réalisant soit une opération de restructuration, soit un agrandissement de celui-ci. Il appartient donc au vendeur, assisté de son notaire, de mettre en data-room les plans et prescriptions de la zone dans laquelle est localisé l'immeuble, ainsi que d'y adjoindre un certificat d'urbanisme. Il s'agit d'un acte administratif indiquant l'état des règles d'urbanisme applicables à un terrain ou immeuble à un moment donné. Il existe deux types de certificats d'urbanisme. Le premier, dit certificat d'urbanisme d'information, contient les renseignements sur le droit de l'urbanisme applicable, les limitations administratives au droit de propriété et les taxes et participations d'urbanisme comme le raccordement à l'égout. Le second, dit certificat d'urbanisme opérationnel, renseigne en plus sur la constructibilité du terrain dans le cadre d'un projet de construction. Ces deux documents ont une durée de validité de 18 mois à compter de leur délivrance. En data-room, il est possible de remplacer le certificat d'urbanisme par une note de renseignements d'urbanisme. Ce document ne conclut en aucun cas à la possibilité de construire *a contrario* d'un certificat ; il donne des informations au futur propriétaire sur les charges immobilières susceptibles de grever son bien, indique entre autres l'existence d'un éventuel droit de préemption urbain ainsi que les documents d'urbanisme applicables, et

³⁴⁵ Cette définition est celle du site Internet du Ministère de l'Égalité des Territoires et du Logement.

précise le coefficient d'occupation des sols voire l'existence de servitudes d'utilité publique susceptibles de venir grever l'immeuble.

Ces informations identifient les limites à l'exercice du droit de propriété en considération des règles d'urbanisme et définissent les contraintes légales notamment au regard des possibilités constructives. Elles jouent un rôle important dans la valorisation de l'immeuble. En effet, elles permettent de déterminer, au regard du COS, s'il existe sur son terrain d'emprise un reliquat de mètres carrés constructibles permettant la réalisation d'un redéveloppement du site commercial de nature à accroître sa valeur.

B : Les servitudes

306. La communication d'un plan de servitudes publiques et privées en data-room — La servitude ou « service foncier » est une charge qui est imposée à un fond dit « fond servant » pour le profit d'un fond bénéficiaire, le « fond dominant ». Lorsqu'une servitude entre deux fonds est légalement constituée, elle est opposable à l'acquéreur de l'immeuble qu'elle vient grever dès lors qu'elle a été dûment publiée, que son titre de propriété en fait mention ou encore si le cessionnaire en connaissait l'existence au moment de l'acquisition. La servitude est un droit réel immobilier qui ne pèse pas sur le propriétaire, mais sur l'immeuble ; sa pérennité n'est donc pas fonction de ses différentes mutations successives. Elle est une limite à l'exercice du droit de propriété, en ce sens que son respect pourra s'opposer à la réalisation d'un projet de redéveloppement portant sur l'immeuble. Ainsi une servitude de vue pourra-t-elle restreindre drastiquement la hauteur d'un projet d'extension le rendant par conséquent irréalisable.

Il existe deux types de servitudes. Les premières sont d'origine légale : ce sont les servitudes d'utilité publique. Les secondes, contractuelles, sont les servitudes de droit privé. Elles ont toutes deux pour objectif de limiter le droit d'usage d'un bien. Les premières sont motivées par des motifs d'utilité publique comme les servitudes de passage d'une ligne électrique. Pour cause d'utilité publique, elles établissent à l'initiative de l'administration des limites au droit de propriété et d'usage du sol et sont instituées en vertu de règles qui leurs sont

propres³⁴⁶. *A contrario*, les servitudes privées sont une charge attachée de façon conventionnelle à un fond pour le service et le bénéfice d'un autre fond.

Par le biais de la data-room, le vendeur se doit de communiquer les documents permettant au candidat à l'acquisition de prendre connaissance de l'ensemble des servitudes. Ce travail est généralement dévolu au notaire qui mentionnera l'ensemble des servitudes existantes dans l'acte authentique de vente. Il lui incombera en ce sens de relever les plans des servitudes publiques, accompagnés de leurs actes de constitutions. Dans la pratique, le vendeur fera appel à un géomètre expert qui à l'occasion du relevé de surface établira un plan de servitude complet communiqué en data-room. Cette précaution évitera un risque futur tant pour le vendeur que pour les candidats quant à la découverte d'une servitude de nature à venir obérer la valeur de l'immeuble voire à remettre en cause le projet de cession.

§2 : Le contrôle des éléments portant sur le revenu de l'immeuble

307. Le contrôle de la pérennité de l'exploitation de l'immeuble pour le futur et l'analyse des conditions de perception du loyer — L'approche financière de la détermination de la valeur d'acquisition de l'immeuble présuppose pour le candidat-acquéreur d'établir un modèle économique d'acquisition basé sur son revenu. Pour ce faire, ils leur appartient de s'assurer que la perception des loyers ne pourra pas être remise en cause à l'avenir **(I)**, puis d'analyser la pertinence du revenu annuel communiqué par le vendeur (dans le mémorandum informatif et en data-room) au regard des conditions de perception de ce loyer **(II)**.

³⁴⁶ Article L.126-1 du Code de l'urbanisme : « *Les plans locaux d'urbanisme doivent comporter en annexe les servitudes d'utilité publique affectant l'utilisation du sol et qui figurent sur une liste dressée par décret en Conseil d'État. Le représentant de l'État est tenu de mettre le maire ou le président de l'établissement public compétent en demeure d'annexer au plan local d'urbanisme les servitudes mentionnées à l'alinéa précédent. Si cette formalité n'a pas été effectuée dans le délai de trois mois, le représentant de l'État y procède d'office. Après l'expiration d'un délai d'un an à compter, soit de l'approbation du plan, soit, s'il s'agit d'une servitude nouvelle, de son institution, seules les servitudes annexées au plan peuvent être opposées aux demandes d'autorisation d'occupation du sol. Dans le cas où le plan a été approuvé ou la servitude instituée avant la publication du décret établissant ou complétant la liste visée à l'alinéa premier, le délai d'un an court à compter de cette publication.* ».

I : La pérennité de la perception des loyers pour l'avenir : le contrôle de la validité des autorisations nécessaires à l'exploitation de l'immeuble

308. Les autorisations de construire, d'exploiter et de recevoir du public — Il incombe au vendeur de démontrer aux candidats à l'acquisition que l'exploitation de l'immeuble ne pourra pas être remise en cause dans le futur. Pour ce faire, il devra transmettre l'ensemble des informations propres à confirmer la régularité des autorisations de construire et d'exploiter (A) ainsi que l'autorisation pour l'immeuble de recevoir du public (B).

A : Les autorisations de construire et d'exploiter

309. La communication des pièces relatives aux autorisations de construire et d'exploiter — Nous traiterons successivement de la transmission en data-room des éléments afférents aux autorisations de construire d'une part (1) et d'exploiter d'autre part (2).

1 : La conformité et l'absence de recours à l'encontre de l'autorisation de construire

310. La communication des éléments permettant d'apprécier la conformité de l'autorisation de construire — Le candidat-acquéreur souhaite minimiser les risques d'investissement intrinsèques à l'acquisition de l'immeuble. Partant, il lui appartiendra de s'assurer que l'autorisation de construire est conforme à la réglementation en vigueur et purgée de tout recours de sorte qu'elle n'en soit pas de nature à remettre en cause l'exploitation de l'immeuble. La validité des autorisations de construire fera l'objet d'une étude spécifique dès lors qu'elle est un des facteurs de risques opérationnels majeurs qui doit être intégré lors de valorisation de l'immeuble. Nous nous limiterons simplement à énoncer ici les pièces devant être mises à la disposition des candidats à l'acquisition par le biais de la data-room. Il s'agit d'abord de la demande de permis de construire, ensuite de l'arrêté de permis de construire, puis des procès-verbaux de constat d'affichage tant sur le chantier qu'en mairie. Enfin, le maître d'ouvrage devra déclarer la conformité des travaux par le biais d'un document spécifique : la déclaration attestant l'achèvement et la conformité des travaux. Elle pourra donner lieu par la suite à la délivrance par l'autorité administrative compétente d'une

attestation de conformité. En dernier lieu, devra être transmise une attestation mentionnant l'absence de recours contre cette autorisation de construire.

2 : La conformité et de l'absence de recours à l'encontre de l'autorisation d'exploiter

311. L'analyse de la conformité de l'autorisation d'exploitation commerciale —

L'exploitation de l'immeuble commercial ne peut se faire que sous réserve d'obtenir une autorisation spécifique délivrée par l'autorité administrative compétente en la matière, à savoir aujourd'hui les commissions départementales d'aménagement commercial (CDAC). De la même façon que pour l'autorisation de construire, l'autorisation d'exploiter l'immeuble à destination commerciale assure la pérennité des flux de capitaux générés par les loyers. La validité de celle-ci fera l'objet d'une analyse spécifique ultérieurement pour la même raison que l'autorisation de construire : elle s'analyse comme un facteur de risque opérationnel majeur qui devra être intégré dans la valorisation de l'immeuble. Nous nous contenterons pour l'instant de lister les documents devant impérativement être fournis par le vendeur en data-room afin de permettre aux candidats à l'acquisition de s'assurer de la conformité de cette autorisation et de l'absence de recours contre celle-ci. Il faut dans un premier temps que le vendeur insère en data-room le dossier de demande d'autorisation d'exploitation commerciale déposé devant l'instance compétente. Seront ajoutés la décision autorisant l'exploitation de l'immeuble, le procès-verbal de constat d'affichage de cette autorisation ainsi que l'extrait de la publication au recueil des actes administratifs et dans deux journaux d'annonces légales. Enfin, il faudra présenter aux acquéreurs l'attestation de non-recours ou de non-retrait de la décision.

B: L'ouverture au public

312. L'immeuble commercial, un établissement recevant du public —

L'immeuble commercial est un établissement recevant du public (ERP) comme défini par les dispositions de l'article R.123-2 du Code de la construction et de l'habitation³⁴⁷. Les ERP sont

³⁴⁷ L'article R. 123-2 du Code de la construction et de l'habitation dispose que « pour l'application du présent chapitre, constituent des établissements recevant du public tous bâtiments, locaux et enceintes dans lesquels des

les lieux, tant publics que privés, qui sont destinés à accueillir des clients ou des utilisateurs autres que les employés qui y travaillent, et qui font à ce titre l'objet d'une protection particulière au regard des règles relatives à la santé et à la sécurité au travail³⁴⁸. Faisant suite à l'incendie des « *Nouvelles Galeries de Marseille* », la première réglementation en la matière donna naissance à un corps de règles relatif à la sécurité contre les incendies³⁴⁹. Par la suite, les règles spécifiques à l'exploitation et à l'aménagement des établissements recevant du public ont été fixées par les articles R.123-1 et suivants du code précité. L'aménagement de tels immeubles est contrôlé soit dans le cadre d'un permis de construire ou d'une procédure comparable du Code de l'urbanisme, soit par le biais d'une autorisation spécifique prévue par les articles R.123-22 et suivants du Code de la construction et de l'habitation. Les ERP sont soumis au respect d'un règlement de sécurité contre l'incendie et les risques de panique, dont la dernière refonte a été faite par l'arrêté du 25 juin 1980³⁵⁰. De plus, ils font l'objet d'une classification en fonction de leur activité et leur capacité de réception du public. Cet arrêté est régulièrement adapté au fil de l'évolution des techniques et en fonction des enseignements tirés de sinistres importants.

313. La classification des immeubles commerciaux – Tout d'abord, l'article GN1 du règlement de sécurité incendie des ERP³⁵¹ distingue les immeubles en fonction de leur activité (ou « type ») par l'emploi d'une lettre spécifique. De ce fait, qu'il s'agisse d'une boutique en pied d'immeuble, d'une galerie commerciale ou d'un centre commercial, l'immeuble commercial relèvera du type « M ». Dans un second temps, la catégorie est pour sa part fonction de la classification établie par l'article R 123-19 du Code de la construction et

personnes sont admises, soit librement, soit moyennant une rétribution ou une participation quelconque, ou dans lesquels sont tenues des réunions ouvertes à tout venant ou sur invitation, payantes ou non. Sont considérées comme faisant partie du public toutes les personnes admises dans l'établissement à quelque titre que ce soit en plus du personnel».

³⁴⁸ Dont la principale source est la quatrième partie du Code du travail intitulée « *santé et sécurité au travail* ».

³⁴⁹ Voir en ce sens : Décret-loi du 12 novembre 1938 : mesures relatives à l'évacuation et à la défense contre l'incendie imposable aux propriétaires et aux exploitants et décret du 7 février 1941 : première réglementation concernant des établissements recevant du public.

³⁵⁰ Arrêté du 25 juin 1980 portant approbation des dispositions générales du règlement de sécurité contre les risques d'incendie et de panique dans les établissements recevant du public.

³⁵¹ Voir en ce sens : Arrêté du 13 janvier 2004, Règlement de sécurité contre l'incendie relatif aux établissements recevant du public, section 1 – Classement des établissements, GN1.

de l'habitation³⁵². Au regard de ces dispositions, il existe 5 catégories d'ERP. Ainsi, pour l'application du règlement de sécurité, les ERP sont-ils classés en deux groupes : le premier comprend les établissements de première, deuxième, troisième, et quatrième catégorie. Le second répertorie ceux de cinquième catégorie. Au regard de cette classification, un centre commercial pouvant accueillir plus de 1500 personnes est un ERP de « première catégorie » du groupe « M ».

314. Le contrôle du respect de la législation spécifique aux ERP : les Commissions de Sécurité et d'accessibilité — Lors de leur construction, les ERP doivent respecter une législation spécifique destinée à limiter les risques d'incendie, à favoriser l'évacuation du bâtiment ainsi que l'intervention des services de secours. En outre, ils doivent respecter un ensemble de normes portant sur l'accessibilité des personnes handicapées et portant entre autres sur la largeur des portes, la présence de rampes d'accès, l'usage des ascenseurs, etc. Pour s'assurer du respect de cette réglementation, chaque département dispose d'une « Commission consultative départementale de sécurité et d'accessibilité » dérivant de la « Commission consultative départementale de la protection civile ». Elles ont été initialement instituées par le décret du 2 décembre 1965³⁵³. Après consultation de cette commission, le préfet peut créer des commissions de sécurité d'arrondissement et éventuellement des commissions communales ou intercommunales. Ce sont ces commissions « locales » qui effectuent les visites ; elles sont composées notamment d'un sapeur-pompier préventionniste, du Maire, d'un agent de la Direction Départementale des Territoires, d'un fonctionnaire de la police nationale ou de la gendarmerie nationale et de représentants d'associations de défense

³⁵² L'article R.123-19 du Code de la construction et de l'habitation dispose : « *Les établissements sont, en outre, quel que soit leur type, classés en catégories, d'après l'effectif du public et du personnel. L'effectif du public est déterminé, suivant le cas, d'après le nombre de places assises, la surface réservée au public, la déclaration contrôlée du chef de l'établissement ou d'après l'ensemble de ces indications. Les règles de calcul à appliquer sont précisées, suivant la nature de chaque établissement, par le règlement de sécurité. Pour l'application des règles de sécurité, il y a lieu de majorer l'effectif du public de celui du personnel n'occupant pas des locaux indépendants qui possèderaient leurs propres dégagements. Les catégories sont les suivantes : 1ère catégorie : au-dessus de 1500 personnes ; 2^{ème} catégorie : de 701 à 1500 personnes ; 3^{ème} catégorie : de 301 à 700 personnes ; 4^{ème} catégorie : 300 personnes et au-dessous, à l'exception des établissements compris dans la 5^{ème} catégorie ; 5^{ème} catégorie : établissements faisant l'objet de l'article R. 123-14 dans lesquels l'effectif du public n'atteint pas le chiffre minimum fixé par le règlement de sécurité pour chaque type d'exploitation.* ».

³⁵³ Décret n° 65-1048 du 2 décembre 1965 modifié par le décret n° 70-818 du 10 septembre 1970.

des handicapés. Ces formations examinent les plans et effectuent des visites à l'ouverture puis de manière régulière et éventuellement inopinée (notamment après des travaux importants), afin de rendre un avis favorable ou défavorable à l'ouverture du site. L'autorisation d'ouvrir ou fermer un site est prise par le maire par arrêté municipal et éventuellement par le préfet par arrêté préfectoral si le maire refuse la fermeture malgré une mise en demeure. En cas de manquement à des points de sécurité qui ne peuvent être corrigés, la commission peut proposer des mesures de sécurité complémentaires pour compenser l'irrégularité. Il existe une commission centrale de sécurité présidée par le ministre de l'Intérieur ou un de ses représentants. Elle assiste le ministre pour la rédaction des décrets d'application, arrêtés et circulaires concernant la sécurité incendie des ERP, notamment pour la rédaction des règlements de sécurité en fonction des types d'établissements.

315. La transmission de la documentation afférente aux ERP - Le vendeur se doit de fournir aux candidats à l'acquisition les documents de nature à lui prouver que l'exploitation de l'immeuble commercial ne pourra être remise en cause par la police administrative pour l'avenir. En effet, celle-ci sera compétente pour décider de la fermeture au public de l'établissement en cas de non-respect de la législation afférente aux ERP. Doivent donc être transmis en data-room d'une part les procès-verbaux de la Commission de Sécurité, d'autre part l'arrêté d'ouverture au public et enfin, le cas échéant, l'attestation de non-recours et de non retrait de cette décision administrative.

II : L'analyse des conditions de perception du loyer de l'immeuble

316. La revue des contrats de mise à disposition des locaux commerciaux — À l'occasion de la procédure de data-room, il appartient aux candidats-acquéreurs de prendre connaissance des conditions juridiques de perception des loyers propres à déterminer le revenu de l'immeuble. Pour ce faire, ils effectueront la revue de l'ensemble des contrats de mise à disposition des locaux commerciaux qui devront impérativement faire l'objet d'une communication en data-room (**A**), au même titre que les éléments financiers qui ne sont que la traduction financière de la relation entre le propriétaire bailleur et les différents preneurs (**B**).

A : La transmission des contrats de mise à disposition des locaux commerciaux

317. Les différents types de contrats de mise à disposition des locaux commerciaux — Il s'agira de présenter dans un premier temps les différents types de contrats par lesquels il est possible de mettre un local commercial à la disposition d'un preneur (1), puis de déterminer en considération de ces différentes conventions, les éléments que le vendeur doit insérer en data-room afin de permettre aux candidats à l'acquisition de connaître de façon exhaustive de l'ensemble de la situation locative (2).

1 : Des différents types de contrats portant sur la mise à disposition d'un local commercial

318. Les baux commerciaux, baux dérogatoires et conventions d'occupation précaire — Le bailleur peut envisager différents contrats portant sur la mise à dispositions des locaux commerciaux dont il est le propriétaire. Il pourra classiquement choisir de conclure un bail commercial de droit commun (a) ou dérogatoire (b) selon que sa durée est ou non inférieure à 23 mois. Il pourra également choisir de recourir à une convention d'occupation précaire (c).

a : Le bail commercial

319. La définition du bail commercial — Le bail commercial peut être défini comme étant le contrat par lequel une personne (le bailleur) met un local à la disposition d'un commerçant, industriel ou artisan (le preneur), afin que ce dernier puisse y exercer une activité en contrepartie du versement d'un loyer. Ce statut particulier donne accès à certains droits, comme le renouvellement du bail ou l'indemnité d'éviction. Pour être qualifié de commercial, le bail doit répondre aux exigences de l'alinéa premier de l'article L. 145-1-I du Code de commerce³⁵⁴. Cette disposition impose plusieurs conditions qui sont au nombre de quatre : un

³⁵⁴ L'article L. 145-1-I, alinéa 1er du Code de commerce dispose en ce sens que : « I. - Les dispositions du présent chapitre s'appliquent aux baux des immeubles ou locaux dans lesquels un fonds est exploité, que ce fonds appartienne, soit à un commerçant ou à un industriel immatriculé au registre du commerce et des sociétés, soit à un chef d'une entreprise immatriculée au répertoire des métiers, accomplissant ou non des actes de commerce, et en outre : 1° Aux baux de locaux ou d'immeubles accessoires à l'exploitation d'un fonds de commerce quand leur privation est de nature à compromettre l'exploitation du fonds et qu'ils appartiennent au propriétaire du local ou

contrat de bail, un immeuble ou un local, un fonds de commerce et la nécessité pour le preneur d'être immatriculé au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire de métiers.

320. Les éléments du bail commercial - De façon liminaire, nous devons préciser que les conventions de longue durée (bail emphytéotique, bail à construction, concession immobilière) ainsi que les conventions à courte durée (baux dérogatoires, contrat de location saisonnière, convention d'occupation précaire, etc.) ne sont pas concernées par le statut des baux commerciaux. Le local n'est autre que le lieu d'activité du preneur ; il peut donc s'agir d'un lieu couvert ou fermé, par exemple une boutique. Le statut des baux commerciaux peut aussi s'appliquer à la location de terrains nus sur lesquels ont été édifiées des constructions avec le consentement du bailleur. En tout état de cause, le local doit être principal, c'est-à-dire le lieu d'activité principale de fabrication ou de commercialisation où la clientèle peut accéder. Il doit également être stable et permanent si bien que la location ne saurait être intermittente. Enfin, il doit être utilisé en vue d'un usage commercial. Toutefois, il peut arriver que le bail soit mixte c'est-à-dire pour partie à usage commercial et pour partie à usage d'habitation³⁵⁵. Il est nécessaire pour le preneur d'exploiter au sein de ce local un fonds de commerce ; ce dernier peut se définir comme étant l'ensemble des éléments permettant d'exploiter une clientèle, tels que le matériel, le mobilier, les marchandises (éléments corporels), l'enseigne, le nom commercial, le droit au bail, la clientèle (éléments incorporels), etc. La clientèle est l'élément essentiel sans lequel il ne peut exister de fonds de commerce. L'activité doit être commerciale, industrielle ou artisanale. Enfin, le titulaire du bail et propriétaire du fonds de commerce doit être immatriculé au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers. Si le preneur est marié sous le régime de la communauté, seul un des deux époux doit être immatriculé. En revanche, si le fonds est exploité en location-gérance, le propriétaire du fonds n'a pas à justifier de son inscription pour bénéficier du statut des baux commerciaux. L'immatriculation n'est pas exigée lors de la signature du bail commercial ; elle est en revanche indispensable si le preneur souhaite bénéficier par la suite des dispositions

de l'immeuble où est situé l'établissement principal. En cas de pluralité de propriétaires, les locaux accessoires doivent avoir été loués au vu et au su du bailleur en vue de l'utilisation jointe».

³⁵⁵ Le changement de destination des locaux d'habitation en locaux à usage commercial doit impérativement faire l'objet d'une autorisation administrative préalable, conformément à l'article L.631-7 du Code de la construction et de l'habitation. Faute de quoi le bail commercial serait nul.

protectrices du statut, notamment lors d'une demande de renouvellement ou en cas de congé délivré par le bailleur.

b : Le bail dérogatoire

321. Le bail commercial dérogatoire — Appelé par la pratique « bail de courte durée », le bail commercial dérogatoire permet de contracter pour une période déterminée et strictement inférieure à deux ans conformément aux dispositions de l'article L.145-5 du Code de commerce³⁵⁶. Principalement destiné à assurer une première location, il ne peut être reconduit sous peine de le transformer automatiquement en bail commercial classique, exception faite toutefois des baux successifs totalisant 23 mois au maximum³⁵⁷. Ce type de bail dispense le preneur du paiement du droit au bail, mais en contrepartie celui-ci ne peut prétendre à la jouissance du droit de propriété commerciale tel que résultant de l'article L.145-1 du code précité. Un bail commercial précaire ne pourra être applicable que sur l'accord explicite des deux parties. Il sera irrévocable sauf en cas d'accord réciproque. Une fois le bail arrivé à expiration, le preneur devra quitter le local et ne pourra pas faire valoir le droit à une indemnité d'éviction.

c : La convention d'occupation précaire

322. Les conventions d'occupation précaire — Parfois, pour éviter les dispositions contraignantes de la législation portant sur les baux commerciaux, le bailleur peut préférer consentir au preneur un contrat d'occupation appelé à tort par la pratique « une location précaire ». Ce type de contrat n'est pas sans présenter un risque certain pour le bailleur, car le

³⁵⁶ L'article L. 145-5 Code de commerce dispose que « *les parties peuvent, lors de l'entrée dans les lieux du preneur, déroger aux dispositions du présent chapitre à la condition que la durée totale du bail ou des baux successifs ne soit pas supérieure à deux ans. Si, à l'expiration de cette durée, le preneur reste et est laissé en possession, il s'opère un nouveau bail dont l'effet est réglé par les dispositions du présent chapitre. Il en est de même, à l'expiration de cette durée, en cas de renouvellement exprès du bail ou de conclusion, entre les mêmes parties, d'un nouveau bail pour le même local. Les dispositions des deux alinéas précédents ne sont pas applicables s'il s'agit d'une location à caractère saisonnier* ».

³⁵⁷ Cette possibilité a été introduite par la loi n° 2008-776 du 4 août 2008, dite Loi de Modernisation de l'Économie ou LME.

preneur peut être tenté d'invoquer la fraude afin de bénéficier d'un bail commercial de neuf années³⁵⁸. Pour conclure une convention d'occupation précaire, le propriétaire doit faire état de circonstances exceptionnelles affectant l'immeuble ou le local qui l'empêcheraient de signer soit un bail de courte durée soit un bail commercial. En règle générale, les tribunaux reconnaissent la validité d'une convention d'occupation précaire sous trois conditions : celle-ci doit avoir un motif légitime, sa durée doit être réduite dans le temps et enfin l'occupation doit donner lieu à une faible redevance. Peuvent constituer un motif légitime de précarité soit la situation du local loué (les conventions d'occupation précaire portent souvent sur des locaux en attente de démolition, d'expropriation ou de travaux de rénovation), soit les modalités d'occupation du local (lorsque l'occupation est consentie de façon discontinue et temporaire). De plus, la convention peut être conclue pour une durée déterminée ou indéterminée, puisque la précarité résulte justement de l'incertitude concernant la durée de l'occupation. En tout état de cause, le terme doit être marqué par d'autres motifs que la seule volonté des parties. Ainsi, les tribunaux admettent-ils parfois que la convention puisse durer plusieurs années, dès lors que la pérennité dépend de la survenance d'un élément ne relevant pas de la seule intention des parties (attente d'une expropriation, par exemple). Le montant de la redevance est souvent une condition propre à la précarité de l'occupation. Pour être considérée comme modique, elle doit être nettement en deçà des prix couramment pratiqués dans le quartier. La convention d'occupation précaire n'est soumise ni aux règles applicables aux baux de droit commun, ni à celles applicables en matière de baux commerciaux (à l'expiration de la convention, le locataire ne peut pas prétendre à une indemnité d'éviction, par exemple), sauf cas de fraude. Bien que la convention ne soit soumise à aucun formalisme, les parties ont tout intérêt à signer un écrit dans lequel elles préciseront les circonstances qui justifient la précarité de l'occupation.

³⁵⁸ En cas de litige entre les parties, les juges peuvent requalifier la convention en bail commercial s'il résulte que celle-ci a été conclue dans le but de faire échec au statut des baux commerciaux. Il en ira ainsi, par exemple, si aucune menace particulière ne pèse sur l'occupant des lieux ou si les conditions de régularité de la convention d'occupation précaire ne sont pas réunies.

2 : La transmission des informations inhérentes à la situation locative

323. Des documents à transmettre par le vendeur — La revue des loyers et des charges afférente à l'immeuble nécessite de déterminer l'ensemble des conditions locatives auxquelles les locaux commerciaux ont été mis à bail. Pour ce faire, doivent être transmis en data-room non seulement l'ensemble des contrats de mise à disposition (baux classiques et dérogatoires, convention d'occupation précaire), mais également tout document de nature à venir modifier la situation locative. Il s'agira en premier lieu des avenants aux baux déjà conclus ainsi que toute demande faite par un locataire voulant modifier pour l'avenir les conditions de son bail ou de sa convention d'occupation précaire. Les candidats potentiels insistent tout particulièrement durant la phase d'audit pour se faire communiquer toute demande similaire en data-room. Ce type de document les renseigne sur la performance d'une enseigne ou plus généralement sur celle de l'immeuble cible. En effet, un centre commercial ou une galerie marchande sur lesquels plusieurs locataires demandent un allègement de charges, une franchise ou un palier de loyer sont des indicateurs de la mauvaise performance du site ou encore de conditions locatives trop agressives envers les preneurs. Si elles sont acceptées, elles pourront par la suite venir modifier le flux annuel de loyer collecté par le propriétaire.

Dans la même optique, le vendeur doit permettre aux candidats à l'acquisition de prendre connaissance de l'ensemble des contentieux locatifs résolus ou en cours auxquels il a été confronté. En effet, l'acquéreur se substituera à l'action dans les droits du vendeur postérieurement à la cession ; il risquera alors un engagement de sa responsabilité tant civile que pénale. Il appartient donc au vendeur de lui communiquer par le biais de la data-room les copies des jugements passés en force de chose jugée, les éventuelles correspondances entre les avocats du preneur et du bailleur ou encore un éventuel accord amiable auquel seraient arrivées les parties afin de mettre fin au litige.

B : Les éléments financiers ou la modélisation économique de la situation locative

324. La communication des éléments financiers ou la traduction économique des conditions de perception du revenu de l'immeuble — Les éléments financiers ne sont que la traduction économique de la situation locative de l'immeuble. Ils synthétisent les

informations afférentes aux revenus et charges des différents preneurs et permettent ainsi l'établissement d'un modèle économique d'acquisition. Ces éléments sont de plusieurs sortes. Il existe d'abord l'état locatif, lequel sera impérativement remis à jour au regard de sa première communication dans le cadre du dossier d'information transmis. Il intégrera notamment les éventuels départs de locataire ainsi que les nouveaux loyers dans le cadre d'un renouvellement de bail ou d'une nouvelle commercialisation d'un local. Il sera accompagné d'autres documents de nature plus comptable : la balance des paiements, l'état des impayés ainsi qu'un tableau de synthèse récapitulant l'état des cautions, les dépôts de garantie et leur état d'encaissement par le propriétaire. En effet, au regard du bail commercial les preneurs sont tenus de fournir au bailleur soit une caution, soit un dépôt de garantie censé le prémunir contre une éventuelle défaillance dans le paiement par ces locataires.

§3 : La gestion technique et environnementale du bâti

325. Les conditions de la gestion technique et environnementale de l'immeuble

— Dans une démarche d'assimilation des actifs immobiliers aux actifs financiers classiques, il est possible de comparer les immeubles aux actions : de la même manière, ils produisent un rendement lors de leur détention et permettent une occurrence de rentabilité (lors de leur revente). Partant, cette analogie porte en elle le germe de sa propre limite : par opposition aux actions, les immeubles ne nécessitent pas seulement une détention aboutissant au versement d'un dividende (qui sera en matière immobilière la perception d'un loyer). Au contraire, ils demandent une action courante et concrète sur ses différents leviers de valeur. Dans le cadre du présent développement, la notion d'exploitation sera comprise comme étant tout ce qui relève de la vie courante de l'immeuble, permettant *in fine* aux preneurs d'exercer leurs activités commerciales dans son enceinte. Ce « tout » peut relever de prescriptions légales³⁵⁹ ou d'une démarche positive du propriétaire en vue d'améliorer la commercialité du site et donc de permettre à terme une évolution de son revenu. Appréciée dans le cadre de la communication du vendeur en data-room, la problématique de l'exploitation physique du bâti renvoie à différentes notions que nous traiterons successivement. D'une part, elle englobe la

³⁵⁹ Comme l'obligation de mettre l'immeuble aux normes au regard de la réglementation afférente aux personnes à mobilité réduite.

réalisation des travaux et le suivi des assurances construction (I). D'autre part, elle renvoie à la gestion technique de l'immeuble (II). Enfin, elle y inclut le respect de prescriptions environnementales (III).

I : La documentation technique

326. L'importance de la documentation notamment en cas de survenance d'un sinistre — Il appartient au vendeur de transmettre en data-room tant les procès-verbaux de réception de l'ouvrage et de levée des réserves (A) que les attestations et rapports de contrôle technique (B), dès lors que ceux-ci conditionneront la prise en charge par l'assureur des éventuels sinistres ayant pu ou pouvant survenir sur l'immeuble.

A : Les procès-verbaux de réception et de levée des réserves

327. L'importance de la communication des procès-verbaux de réception et de levée des réserves — À l'achèvement des travaux, le maître d'ouvrage souvent accompagné de son maître d'œuvre procède à la réception de l'immeuble. À cette occasion, il relève tous les défauts et malfaçons apparents qu'il mentionne sur un procès-verbal de réception comprenant une liste des réserves. À compter de cette date, commence à courir le délai d'un an durant lequel la construction est couverte par la garantie de parfait achèvement. Celle-ci couvre les défauts et malfaçons apparents mentionnés sur le procès-verbal de livraison des travaux au regard des dispositions de l'article 1792-6 du Code civil³⁶⁰. Elle concerne tous types

³⁶⁰ L'article 1792-6 du Code civil définit tant la notion que le champ d'application de la garantie de premier achèvement. Il dispose en effet que « la garantie de parfait achèvement, à laquelle l'entrepreneur est tenu pendant un délai d'un an à compter de la réception, s'étend à la réparation de tous les désordres signalés par le maître de l'ouvrage, soit au moyen de réserves mentionnées au procès-verbal de réception, soit par voie de notification écrite pour ceux révélés postérieurement à la réception. Les délais nécessaires à l'exécution des travaux de réparation sont fixés d'un commun accord par le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur concerné. En l'absence d'un tel accord ou en cas d'inexécution dans le délai fixé, les travaux peuvent, après mise en demeure restée infructueuse, être exécutés aux frais et risques de l'entrepreneur défaillant. L'exécution des travaux exigés au titre de la garantie de parfait achèvement est constatée d'un commun accord, ou, à défaut, judiciairement. La garantie ne s'étend pas aux travaux nécessaires pour remédier aux effets de l'usure normale ou de l'usage ».

de défauts et vices apparents, à l'exception des dommages provenant de l'usure normale et des désordres apparents n'ayant pas fait l'objet de réserve. En pratique, l'entrepreneur dispose de 90 jours pour effectuer les travaux de remise en l'état, indispensables à la levée des réserves déclarées au jour de la réception. Il dispose par ailleurs de 60 jours pour réparer ceux qui ont été constatés ou qui sont apparus postérieurement à celle-ci. Dès lors que l'entrepreneur négligent ne s'exécute pas dans le délai requis, le maître d'ouvrage pourra le mettre en demeure d'agir sous quinzaine. Si celui-ci ne s'exécute toujours pas, il est possible de saisir le tribunal d'instance en vue de le faire condamner soit à payer les coûts des réparations exécutés par une autre entreprise face à cette carence, soit à payer des indemnités de retard. Si l'entrepreneur n'a pas réparé les désordres dans un délai d'un an, le maître d'ouvrage peut faire jouer la garantie de parfait achèvement qui lui est due, l'assureur de l'entrepreneur se substituant alors à l'incurie de l'assuré.

Les procès-verbaux de réception et de levée des réserves revêtent une importance particulière dans le cas où l'immeuble est cédé dans l'année de sa réception. En effet, la liste des réserves permet aux candidats à l'acquisition de voir quelles malfaçons de l'immeuble sont susceptibles d'être couvertes par la garantie de premier achèvement : soit parce qu'elles y sont mentionnées, soit parce qu'elles sont apparues postérieurement et qu'elles correspondent au type de dommage couvert par celle-ci. Le procès-verbal de levée des réserves permet quant à lui de s'assurer que les vices affectant la construction ont bien été réparés par l'intervention de l'entrepreneur. De plus, le procès-verbal de réception est le point de départ de la période durant laquelle l'immeuble sera couvert par la garantie décennale qui commence à courir après la première année de la réception des travaux.

B : Les attestations et rapports techniques

328. Les attestations et rapports techniques et de leur incidence sur la mise en œuvre de la garantie dommage-ouvrage — Durant toute la phase de réalisation de l'ouvrage, des contrôleurs techniques s'assurent du bon respect par les différents corps d'état de la réglementation et des normes techniques en vigueur inhérentes à l'acte de construire. À la réception de l'ouvrage, ils délivrent un rapport de contrôle technique nécessaire pour

permettre la couverture de l'immeuble par une assurance dommage-ouvrage³⁶¹. Sa souscription est obligatoire pour tout maître d'ouvrage avant l'ouverture du chantier. Elle prend effet à la première année suivant la réception des travaux et expire en même temps que la garantie décennale souscrite par les différentes entreprises intervenant à l'acte de construire. Elle couvre pendant une durée de dix ans tous les dommages portant atteinte à la solidité de l'immeuble. L'assurance décennale instaurée par la Loi Spinetta du 4 janvier 1978³⁶² crée une obligation d'assurance de responsabilité pour les acteurs professionnels de la construction et de dommage pour les propriétaires. À l'origine, elle se fonde sur les principes dont s'inspirent les articles 1792 et suivants du Code civil, lesquels prévoient une responsabilité du constructeur dans le cadre des contrats de louage d'ouvrage. Elle garantit de ce fait la solidité de l'ouvrage, l'impropriété à la destination, la solidité des éléments d'équipement indissociables ainsi que les effondrements résultant d'un vice de construction. L'obligation d'assurance procède des articles L.241 et suivant du Code des assurances³⁶³ et ne s'applique qu'aux ouvrages de bâtiments. L'assurance dommage-ouvrage couvre tous les dommages liés à la solidité de l'immeuble et concernés par la responsabilité décennale.

Il appartient au vendeur de communiquer l'ensemble des rapports de contrôle technique dont il dispose, et ce, dès l'ouverture de la data-room. Cette précaution a pour objectif d'assurer aux acquéreurs potentiels que les sinistres postérieurs à la cession sont couverts par cette police d'assurance, dans le cas où la cession interviendrait moins de dix ans après la réception de l'ouvrage. En cas de rapport technique mentionnant un non-respect des règles ou de la réglementation en vigueur lors de la construction de l'immeuble par les

³⁶¹ Voir en ce sens : Loi n° 78-12 du 4 janvier 1978 relative à la responsabilité et à l'assurance dans le domaine de la construction. Elle rend obligatoire pour tout maître d'ouvrage la souscription d'une assurance dommage ouvrage et pour tout intervenant à l'acte de construire celle d'une assurance responsabilité civile décennale.

³⁶² Loi n° 78-12 du 4 janvier 1978 relative à la responsabilité et à l'assurance dans le domaine de la construction.

³⁶³ L'article L. 242-1 alinéa 1^{er} du Code des assurances en donne la définition suivante : « *Toute personne physique ou morale qui, agissant en qualité de propriétaire de l'ouvrage, de vendeur ou de mandataire du propriétaire de l'ouvrage, fait réaliser des travaux de construction, doit souscrire avant l'ouverture du chantier, pour son compte ou pour celui des propriétaires successifs, une assurance garantissant, en dehors de toute recherche des responsabilités, le paiement de la totalité des travaux de réparation des dommages de la nature de ceux dont sont responsables les constructeurs au sens de l'article 1792-1, les fabricants et importateurs ou le contrôleur technique sur le fondement de l'article 1792 du Code civil.* »

intervenants à l'acte de construire, il est possible pour l'assureur de ne pas indemniser un sinistre survenu sur l'immeuble au titre de la garantie dommage-ouvrage.

329. Les différentes assurances souscrites lors de la construction de l'immeuble

— Lors de la vente, le candidat à l'acquisition souhaitera prendre le moins de risque possible et voudra s'assurer que les dommages susceptibles d'affecter l'ouvrage seront bien couverts par des contrats d'assurance spécifiques. En, ce sens il appartient au vendeur de lui fournir par l'intermédiaire de la data-room les contrats des différentes entreprises ayant participé à la construction de l'immeuble dans le cas où celui-ci est encore couvert par la garantie décennale, ainsi que sa propre attestation d'assurance dommage-ouvrage.

II : La gestion technique du site commercial

330. L'exploitation de l'immeuble en considération des différentes phases de l'exploitation de l'immeuble — La gestion technique du centre commercial doit être analysée en considération de l'évolution du temps. Il incombe au propriétaire de permettre la bonne exploitation du site pour le présent (A) mais également d'anticiper sa correcte exploitation pour l'avenir (B).

A : L'exploitation de l'immeuble ou la vie courante d'un site commercial

331. La transmission des contrats de maintenance — Il incombe au propriétaire de s'assurer au quotidien de la bonne exploitation de l'immeuble commercial, de façon à garantir aux différents preneurs les meilleures conditions de commercialité. L'immeuble commercial est par nature complexe : son exploitation relève de plusieurs composantes et comprend son entretien courant, la bonne marche de ses éléments d'équipement communs, voire sa sécurité. Pour s'assurer de la correcte exploitation du site, le propriétaire est amené à passer différents contrats avec des prestataires de service de chaque corps d'état, prêts à intervenir en cas de problème. Postérieurement à la cession, le nouvel acquéreur sera systématiquement subrogé dans les droits de l'ancien propriétaire, et ce, pour chacune de ces conventions. Aussi, le vendeur doit-il communiquer à l'ouverture de la data-room l'ensemble

de ces contrats qui relèvent tantôt d'obligations réglementaires (comme pour les contrats de maintenance des éléments communs, de lutte contre l'incendie), tantôt de la seule volonté du propriétaire qui apprécie de leur bien-fondé au regard de chaque immeuble (comme ce peut être le cas pour le contrat de sûreté). Cette communication est importante : d'une part, elle permet aux potentiels acquéreurs de prendre connaissance des conditions économiques de chaque contrat et donc d'anticiper. D'autre part, cela leur permet de s'assurer que le propriétaire a effectivement passé un contrat à chaque fois qu'une obligation légale le lui imposait. Parmi les contrats usuels en la matière, nous pouvons citer les contrats de nettoyage, de maintenance, d'entretien des espaces verts et des éléments d'équipement communs, de sûreté, etc.

B : L'exploitation de l'immeuble ou l'anticipation de sa vétusté pour le futur : la communication du plan pluriannuel de travaux

332. La transmission du plan pluriannuel de travaux — Le plan pluriannuel de travaux prévoit l'ensemble des postes de dépenses afférents à l'exploitation de l'immeuble. Ceux-ci peuvent procéder d'obligations légales, notamment au regard de la législation sur les moyens de prévention et de lutte contre les risques d'incendie, ou encore de la réglementation afférente aux personnes à mobilité réduite. Ils peuvent également résulter de l'obsolescence des éléments d'équipement communs comme la chaudière, les groupes froids ou la boucle d'eau tempérée. En dernier lieu, ils peuvent découler d'une démarche qualitative d'amélioration de la commercialité du site. Dès lors que ces différents postes de dépense seront refacturables au titre des charges aux différents preneurs, ce plan permet d'échelonner ces travaux dans le temps afin d'éviter de leur imposer un montant de charge trop important sur une seule année. Bien qu'aucune norme d'origine légale ou réglementaire ne vienne imposer son usage, la pratique l'a imposé pour l'ensemble des centres commerciaux, parcs à thème ou galeries marchandes. Sa transmission par la data-room permet aux candidats-acquéreurs de prendre connaissance du montant des travaux à réaliser dans les prochaines années et donc de les intégrer dans le prix d'acquisition.

III : La dimension environnementale de l'exploitation de l'immeuble

333. Les diagnostics immobiliers et l'exploitation d'une installation classée pour la protection de l'environnement — L'exploitation de l'immeuble par le propriétaire-vendeur peut avoir engendré la présence sur le site d'une installation classée pour la protection de l'environnement (ICPE), dont les conséquences en matière de pollution peuvent être financièrement lourdes. Il appartient donc au vendeur de mentionner l'existence ou non d'une telle activité (A). De plus, le vendeur est soumis à une obligation légale de fournir un ensemble de diagnostics immobiliers lors de la vente : présence d'amiante, exposition du bâtiment à des insectes xylophages ou encore détermination de la performance énergétique de l'immeuble. L'absence de production de ces documents est de nature à s'opposer de façon dirimante à la cession ; il nous appartient donc de les identifier dans le cadre spécifique de la vente d'un immeuble commercial (B).

A : Les installations classées pour la protection de l'environnement

334. L'historique des textes applicables aux installations classées pour la protection de l'environnement — Au début du XIX^{ème} siècle, la prise de conscience des risques et des nuisances pouvant être produits par l'activité humaine a conduit le préfet de police de Paris à contraindre les exploitants des installations insalubres ou dangereuses à déclarer leur activité. Cette obligation a été progressivement complétée et étendue à l'ensemble du territoire par un ensemble de réformes successives jusqu'au début des années 1970. Puis, par le biais de la loi du 19 juillet 1976³⁶⁴, le législateur a posé la base juridique de l'environnement industriel français. Ce texte est fondé sur une approche intégrée, c'est-à-dire qu'une seule autorisation est délivrée et régleme l'ensemble des aspects concernés : risques accidentels, déchets, rejets dans l'eau, dans l'air ou dans les sols, etc. Une seule autorité est compétente pour l'application de cette législation : l'inspection des installations classées. Cette législation confère à l'État des pouvoirs d'autorisation ou de refus, de fonctionnement d'une installation, de réglementation³⁶⁵, de contrôle et de sanction. Sous l'autorité du Préfet, ces opérations sont confiées à l'Inspection des Installations Classées. Les textes sont désormais

³⁶⁴ Loi n° 76-663 du 19 juillet 1976 relative aux installations classées pour la protection de l'environnement.

³⁶⁵ Il s'agit d'imposer le respect de certaines dispositions techniques tenant à la nature particulière de l'activité.

codifiés aux articles L.511-1 et suivants et R.511-1 et suivants du Code de l'environnement. De nombreux arrêtés sont également à respecter, le plus important étant celui du 2 février 1998 relatif aux prélèvements et à la consommation d'eau ainsi qu'aux émissions de toute nature des installations classées pour la protection de l'environnement soumises à autorisation.

335. La définition des installations classées pour la protection de l'environnement — En France, environ 500 000 établissements relèvent de la législation des installations classées pour la protection de l'environnement (ICPE). Le Code de l'environnement les définit comme « *les usines, ateliers, dépôts, chantiers et, d'une manière générale, les installations exploitées ou détenues par toute personne physique ou morale, publique ou privée, qui peuvent présenter des dangers ou des inconvénients soit pour la commodité du voisinage, soit pour la santé, la sécurité, la salubrité publiques, soit pour l'agriculture, soit pour la protection de la nature, de l'environnement et des paysages, soit pour l'utilisation rationnelle de l'énergie, soit pour la conservation des sites et des monuments ainsi que des éléments du patrimoine archéologique* »³⁶⁶. Il ressort de ces dispositions que peu important sa forme, toute installation qui présente un risque pour l'environnement peut être considérée comme une installation classée

336. Comment savoir si l'activité exploitée sur le site relève de la législation sur les ICPE ? – L'article L. 511-2 du Code de l'environnement énonce que « *les installations visées à l'article L. 511-1 sont définies dans la nomenclature des installations classées établies par décret en Conseil d'État (...). Ce décret soumet les installations à autorisation, à enregistrement ou à déclaration suivant la gravité des dangers que peut présenter leur exploitation* ». La nomenclature des installations classées est établie dans le décret du 20 mai 1953 modifié. Elle est présentée par des numéros de rubrique organisés en fonction de deux

³⁶⁶ Article L. 511-1 du Code de l'environnement : « *Sont soumis aux dispositions du présent titre les usines, ateliers, dépôts, chantiers et, d'une manière générale, les installations exploitées ou détenues par toute personne physique ou morale, publique ou privée, qui peuvent présenter des dangers ou des inconvénients soit pour la commodité du voisinage, soit pour la santé, la sécurité, la salubrité publiques, soit pour l'agriculture, soit pour la protection de la nature, de l'environnement et des paysages, soit pour l'utilisation rationnelle de l'énergie, soit pour la conservation des sites et des monuments ainsi que des éléments du patrimoine archéologique. Les dispositions du présent titre sont également applicables aux exploitations de carrières au sens des articles L. 100-2 et L. 311-1 du Code minier* ».

grands volets : un classement des substances en fonction de la nature et de la quantité des produits stockés et mis en œuvre, ainsi qu'un classement des activités en fonction des opérations et des risques qu'elles présentent.

337. Installations classées pour la protection de l'environnement et data-room

— Le vendeur doit communiquer en data-room toute la documentation dont il dispose relativement aux installations classées présentes sur l'immeuble commercial. En effet, certains équipements, tels que les installations de chauffage et de climatisation, peuvent être soumis à déclaration au titre de la nomenclature des installations classées. Il est également envisageable que le site commercial ait accueilli dans le passé une station de distribution d'hydrocarbure. En cas d'exploitation d'une ICPE au jour de la vente, le vendeur devra alors communiquer en data-room la déclaration d'installation de cet équipement ainsi que le récépissé de déclaration de la Préfecture actant de celle-ci. Le risque environnemental procédant d'une pollution du terrain d'emprise par une ICPE étant le risque opérationnel corrélé à l'environnement le plus important, il fera par la suite l'objet de développement spécifique.

B : Les diagnostics immobiliers

338. Le contenu du dossier technique immobilier — Quelle que soit la destination de l'immeuble, le dossier technique immobilier prévu par les dispositions des articles L.274-4 et L.271-6 du Code de la construction et de l'habitation a pour but d'informer le candidat à l'acquisition sur les caractéristiques et l'état du bien mis en vente. Ce document unique regroupe les informations tenant au risque d'exposition au plomb, à la présence d'amiante et de termites, à l'installation antérieure de gaz, à l'état des risques naturels et technologiques, à la performance énergétique du bâtiment, à l'état de l'installation électrique et à celui de l'assainissement non collectif. Il résulte des termes de l'article L.274-6 du Code précité que ces différentes thématiques peuvent varier en fonction du type d'immeuble et de sa zone géographique d'implantation. En règle générale, les volets de ce diagnostic obligatoire au regard de la destination commerciale de l'immeuble sont l'amiante, la présence d'insectes xylophages, les risques naturels et technologiques ainsi que les performances énergétiques. Les diagnostics portant sur le plomb, le gaz, l'électricité et l'assainissement collectif ne sont obligatoires que pour la cession des immeubles affectés à usage d'habitation.

339. Les diagnostics à fournir par le vendeur lors de la vente d'un immeuble commercial — Le premier diagnostic à fournir porte sur la présence d'amiante. Les articles R.1334-14 à R.1334-19 du Code de la santé publique en définissent le régime et les conditions de mise en œuvre. Il résulte de ces dispositions que les propriétaires d'immeuble dont le permis a été délivré antérieurement au 1^{er} juillet 1997 doivent fournir un « diagnostic technique amiante » en cas de vente de celui-ci.

Le second diagnostic porte sur la présence d'insectes xylophages, les articles L.133-6 et L.271-4 du Code de la construction et de l'habitation imposant un état relatif à la présence de termites des zones contaminées ou susceptibles de l'être par cette catégorie d'insectes déterminée par arrêté préfectoral. Ce diagnostic est valable pour une durée de 6 mois postérieurement à sa réalisation et il est obligatoire dans le cadre de la vente d'immeuble.

L'état des risques naturels et technologiques est prévu par l'article L.125-5 du Code de l'environnement. Celui-ci expose les risques de sismicité, naturels et technologiques, auxquels l'immeuble est exposé. Il est basé sur le plan de prévention des risques, les arêtes de catastrophes naturelles et le zonage de sismicité disponible en mairie et établi par le préfet. Ce document est obligatoire en cas de vente d'un bien figurant sur une zone à risque en vertu des dispositions du décret n° 2005-134 du 15 février 2005 et sa durée de validité est de 6 mois. Si cet état n'a pas été communiqué au jour de la signature de l'acte authentique, l'acquéreur est en droit de demander soit la résolution de la vente, soit une diminution sensible du montant de son loyer dans le cas où il serait locataire.

Le dernier des diagnostics obligatoires en matière de cession d'immeuble commercial est le diagnostic de performance énergétique. Il doit être fourni conformément aux dispositions de l'article L.125-5 du Code de la construction et de l'habitation. Sa durée de validité est de 10 ans. Réalisé par des professionnels, il permet d'estimer les consommations prévisionnelles d'énergie des bâtiments mis en vente, de mieux évaluer la facture énergétique de l'immeuble pour l'avenir et de mesurer l'impact des choix d'énergie sur l'effet de serre. Bien entendu, ces estimations ne peuvent jamais constituer une garantie contractuelle en termes de facture énergétique, mais elles permettent une comparaison objective de la qualité des bâtiments mis en vente ou loués. En effet, les consommations réelles des constructions dépendent directement des conditions d'usage et de la température effective de chauffage.

Conclusion du Chapitre 1

La data-room, clef de voûte de la procédure

340. La data-room permet la détermination de la valeur de l'immeuble —

Force est de constater que la data-room, importée par les investisseurs américains s'est pérennisée au point de devenir une procédure *sui generis* permettant non seulement la cession d'actifs mobiliers, mais également immobiliers. Loin de retraverser l'Atlantique à la fin des cessions de créances opérées par les sociétés de défaillance lors la crise immobilière française des années 1990, son recours est devenu la règle en matière de vente portant sur un immeuble de placement. Constituée par le notaire du vendeur, souvent spécialisé en la matière, elle permet à plusieurs candidats potentiels à l'acquisition de prendre connaissance de toutes les composantes de l'immeuble nécessaires à la détermination de sa valeur. Dans la pratique, il n'existe plus de data-room physique, suite à leur dématérialisation résultant de l'avancée des technologies de l'information et de la communication. Loin d'être homogène au regard de la spécificité de chaque actif, son contenu présente cependant un socle d'information minimal que les notaires se font fort d'imposer à leurs clients par respect des principes directeurs qui lui sont propres. Partant, à l'ouverture d'une data-room, les professionnels de l'immobilier sont assurés de pouvoir prendre connaissance d'un ensemble d'informations qui seront sensiblement les mêmes au-delà de la casuistique propre à chaque opération.

Chapitre 2 : Méthodologie d'audit de la data-room

341. La notion de « risques opérationnels » — Lors de la procédure de data-room, l'analyse des documents transmis par le vendeur doit permettre aux candidats à l'acquisition de déterminer le prix d'achat de l'immeuble à la suite d'un audit du risque opérationnel portant sur chacune de ses composantes : juridique, technique, financière, environnementale, et fiscale. Dans le cadre du présent travail, nous définirons la notion de risque opérationnel sous l'absence d'identification (et donc d'intégration) dans le prix d'acquisition d'un élément (facteur de risque) de nature à affecter l'une de ces composantes³⁶⁷ dont la conséquence économique sera de proposer au vendeur un prix d'acquisition surévalué.

342. Des notions de « risques opérationnels » et de « risques d'investissement » — La notion de « risque opérationnel » telle que perçue dans le cadre de la procédure de data-room doit être appréciée au regard de celle plus générale de « risque d'investissement ». Il procède de la logique même de l'investissement que celui-ci contienne une part de risque. En effet, investir comporte nécessairement un aléa qui induit une chance de gain, mais également une possibilité de perte. Ainsi, parler d'investissement sans risque est-il un non-sens ; l'actualité a pu nous le rappeler récemment à l'occasion de l'affaire Madoff. Ce financier proposait à des investisseurs de réaliser un rendement à hauteur de 15 % par an sur leurs placements, et ce, sans prendre le moindre risque³⁶⁸ selon ses dires. Tout investisseur un tant soit peu diligent aurait fui devant cette affirmation d'un placement miracle, très lucratif, et sans risque. L'immeuble n'échappe pas à cette logique. Il est impossible d'affirmer que le scénario d'investissement modélisé par les candidats-acquéreurs lors de l'analyse de la data-room se réalisera et que les revenus réels seront à la hauteur des revenus escomptés, le futur étant par nature incertain. Toutefois, il est possible de maîtriser une partie de ce risque en s'assurant que la valeur d'acquisition de l'immeuble corresponde à la réalité à l'aide d'un

³⁶⁷ Comme une mauvaise évaluation des conditions locatives ou encore une absence de conformité du permis de construire.

³⁶⁸ Le justice a démontré par la suite qu'il avait réalisé une escroquerie, reposant sur le principe de la « chaîne de Ponzi » : elle consiste à rémunérer les investissements des clients avec les fonds procurés par les nouveaux entrants.

audit méticuleux de la data-room : il permettra l'évaluation du degré de risque opérationnel et sa juste intégration dans le prix de vente.

343. L'audit interne permet une analyse du risque opérationnel par le vendeur en amont de la procédure — En règle générale, avant de mettre en vente son immeuble, le vendeur aura procédé à un audit interne³⁶⁹ visant à déterminer son degré de liquidité³⁷⁰. Cette notion comprise spécifiquement dans le cadre de la procédure de data-room, renvoie à la découverte d'éléments qui viendraient par nature s'opposer au principe même de la vente à l'occasion d'un audit réalisé par lui en amont de la procédure. En fonction des résultats de l'audit interne, le vendeur pourra soit entreprendre les démarches afférentes à la cession (l'actif immobilier est alors liquide), soit entreprendre les démarches afférentes à la disparition de ces zones noires afin de rendre son actif le plus liquide possible : il s'agira alors de résoudre par anticipation toutes les situations qui pourraient rendre la cession irréalisable.

344. L'analyse des risques opérationnels par les candidats-acquéreurs — L'analyse de la data-room est désignée par la pratique sous le vocable de *due diligence*. Celles-ci interviennent à différents moments de la vie d'une société, qu'il s'agisse de l'introduire en bourse, de la restructurer ou de céder certains de ses titres. M. Saunier les définit comme « *l'ensemble des démarches entreprises par un acquéreur potentiel en vue d'obtenir une meilleure connaissance de cette société, d'évaluer ses risques et la valeur de ses actifs* ». La définition de cet auteur renvoie à l'opération de cession-acquisition d'une entreprise ou des titres d'une société cotée. Elle peut cependant trouver à s'appliquer dans le cadre du présent travail en ce qu'elle illustre le comportement proactif d'un candidat-

³⁶⁹ Celui-ci ne doit pas être confondu avec l'audit vendeur ou « *vendors dues diligences* », qui est une variante de la procédure de data-room à l'occasion de laquelle le vendeur a fait réaliser un ensemble d'audits sur chacune des composantes de l'actif par des experts reconnus dans leur domaine de compétence. Ce sont leurs conclusions qui sont communiquées par le biais de la data-room et sous leurs responsabilités. Les candidats à l'acquisition se voient donc dispensés de les réaliser, ce qui minore sensiblement pour eux le coût de l'opération.

³⁷⁰ Ce terme financier renvoie à la faculté pour une classe d'actifs à être cessible à un instant donné sur le marché qui lui est spécifique. En effet, les immeubles par opposition à d'autres classes d'actifs présentent un degré de liquidité moindre, tenant essentiellement à leur nature : recours à un acte notarié, purge du droit de préemption, etc. En ce sens, la vente de l'immeuble s'inscrit dans la durée et ne s'effectue pas comme cela se rencontre pour les actions se réalisant en un trait de temps.

acquéreur qui va chercher à avoir une connaissance approfondie de l'immeuble afin de proposer au vendeur une offre d'achat au plus juste de sa valeur. Cette étape intervient préalablement à l'acquisition et se réalise sur la base de la data-room. Elle fait référence au temps dédié à l'affinage du prix en comparaison avec celui fixé préliminairement dans la lettre d'intention.

345. L'objectif de la *due diligence* : le rééquilibrage du niveau d'information entre le vendeur et l'acquéreur — La *due diligence* est un élément fondamental de la vente de l'immeuble par le biais d'une procédure de data-room. Elle vise à réduire la disparité d'informations existant entre le vendeur et le candidat à l'acquisition. En effet, si le premier dispose de l'ensemble des informations relatives à l'actif qu'il met en vente, la situation des acheteurs potentiels est moins confortable. Ils ne disposent pas du même niveau de renseignement et n'ont donc pas d'idée précise sur la valeur de l'immeuble. Pour remédier à cette inégalité, l'acquéreur éventuel va mettre en place un audit des différents éléments déterminant la valeur de l'immeuble. Au cours de cette phase, les candidats-acquéreurs poursuivront plusieurs objectifs : identifier les opportunités, mais aussi les risques liés à la vente. Les résultats de cette analyse vont permettre la détermination d'un prix d'acquisition maximum.

346. Le périmètre de l'audit de la data-room — En cas d'identification d'un risque opérationnel mineur, les candidats-acquéreurs rechercheront une réduction du prix d'acquisition ou une garantie spécifique. Mais en cas de survenance d'un risque opérationnel structurel, ils renonceront à la conclusion de l'opération. Dans toute procédure de data-room, la phase d'audit révèle des contradictions ou des incohérences mineures, mais également majeures entre la situation présentée à l'occasion du mémorandum informatif, et la réalité.

Dans le présent développement, nous ne traiterons que des risques opérationnels structurels, les risques mineurs faisant partie d'un jeu classique de négociations entre les parties. Notre réflexion ne sera pas de lister de façon exhaustive l'ensemble des risques opérationnels afférents à l'acquisition d'un immeuble commercial. Il s'agira plutôt de nous centrer sur ceux dont la découverte sera de nature à s'opposer à la réalisation de la vente.

Nous avons pu précédemment identifier, lors de l'analyse du contenu de la data-room, les grands axes de l'analyse du risque opérationnel. Il nous appartient à présent de proposer

une méthodologie d'audit portant sur chacun d'eux afin de permettre aux candidats à l'acquisition d'apprécier l'immeuble à sa juste valeur (en les identifiant et en les intégrant dans son prix d'achat). Cette méthodologie d'audit devra porter d'une sur l'appréciation de la validité des autorisations de construire et d'exploiter (**Section 1**), puis sur la création du modèle économique d'acquisition fonction de l'analyse des différents contrats de mise à disposition des locaux commerciaux propres à l'immeuble (**Section 2**), et enfin sur la prise en compte du risque environnemental (**Section 3**).

Section 1 : L'analyse des autorisations de construire et d'exploiter

347. La méthodologie d'analyse de la validité des autorisations de construire et d'exploiter — Si l'autorisation de construire permet l'édification du bâtiment, l'autorisation d'exploiter permet sa commercialisation. Ces deux autorisations conditionnent l'analogie entre l'immeuble et les autres classes d'actifs, en lui permettant de produire un rendement voire une rentabilité en cas de cession. En effet, sans autorisation de construire il ne peut y avoir d'immeuble et donc pas de support matériel à la perception des loyers. Sans autorisation d'exploiter, il ne peut y avoir de reconnaissance légale de la faculté pour le propriétaire de l'immeuble de donner à bail un ensemble des locaux commerciaux, dont dépend la perception du revenu. La financiarisation de l'immeuble nous amènera à le considérer moins comme une entité physique, que comme un actif défini par la somme des loyers qu'il génère annuellement. Ce modèle ne peut exister qu'à la condition *sine qua non* que la perception de ces flux ne soit pas remise en cause par un arrêt de l'exploitation pour cause de retrait ou d'annulation de l'une ou l'autre de ces autorisations. Au regard des règles de droit applicables, il appartiendra alors aux candidats à l'acquisition de s'assurer qu'une telle situation ne sera pas susceptible de se produire. Notre objectif sera ici de préciser les conditions de validité tant des autorisations de construire (§1) que d'exploiter (§2) afin d'en retirer une méthodologie d'audit transposable à chaque immeuble commercial.

§1 : La validité des autorisations de construire

348. L'audit des autorisations de construire — Nous aborderons la problématique des autorisations de construire en considération de leur caractère définitif d'une part (I), de la conformité des travaux réalisés sur leur fondement d'autre part (II) et enfin du délai de validité de ces autorisations lorsque celles-ci n'ont pas été mises en œuvre (III).

I : Le caractère définitif des autorisations de construire

349. L'appréciation du caractère définitif des autorisations de construire —

Nous considérerons comme définitives les autorisations insusceptibles de faire l'objet d'un retrait, d'un déféré préfectoral, ainsi que d'un recours gracieux ou contentieux devant le juge administratif et ne faisant pas l'objet d'un tel retrait, déféré, ou recours. De façon liminaire, il convient de rappeler que dans l'hypothèse où une démolition se serait avérée nécessaire à l'édification de l'immeuble commercial dont la cession est projetée (car portant sur la ou les mêmes parcelles que le permis de construire délivré par la suite), le caractère définitif du permis de démolir n'aura pas d'incidence sur la construction de l'immeuble commercial : celui-ci sera réalisé en considération d'autorisations de construire lui étant postérieures. En effet, dans l'hypothèse où le permis de démolir attaqué aboutirait à une annulation par le juge administratif, la seule action envisageable pour le requérant serait de solliciter la réparation dans le cadre d'une action civile : elle nécessitera donc la démonstration d'une faute, d'un préjudice et d'un lien de causalité, ce qui n'a jamais été reconnu par les juridictions judiciaires en pratique. Ainsi, en l'état actuel de la jurisprudence, le caractère non définitif d'un permis de démolir nécessaire à la réalisation d'un immeuble commercial et précédant la délivrance d'un ou plusieurs permis de construire portant sur le même terrain n'est-il pas de nature à avoir une incidence sur la construction réalisée.

Par ailleurs, il est à préciser qu'un permis de construire obtenu par fraude ne crée pas de droit au profit de son bénéficiaire et peut donc être rapporté à toute époque³⁷¹. Il en résulte que des autorisations délivrées sur la base de déclarations ou de pièces sciemment inexactes et ayant eu pour effet de tromper l'administration pourraient faire l'objet de sa part d'un retrait sans délai. Ceci étant précisé, l'appréciation du caractère définitif des autorisations de construire est différente selon que celles-ci aient été délivrées après (A) ou avant (B) le 1^{er} octobre 2007, date d'entrée en vigueur de l'ordonnance du 8 décembre 2005³⁷² réformant le

³⁷¹ Voir en ce sens : CE, 27 juillet 2005, « Commune de Generac », req., n° 2739463.

³⁷² Ordonnance n° 2005-1527 du 8 décembre 2005 relative au permis de construire et aux autorisations d'urbanisme.

régime du permis de construire et des autorisations d'urbanisme et de son décret d'application du 5 janvier 2007³⁷³.

A : L'appréciation du caractère définitif des autorisations délivrées postérieurement au 1er octobre 2007

350. Des conditions nécessaires permettant de considérer les autorisations de construire postérieures au 1^{er} octobre 2007 comme définitives - A l'occasion des audits réalisés, les candidats-acquéreurs seront fondés à estimer que les autorisations de construire sont devenues définitives dès lors qu'elles ne font l'objet ni d'un déféré préfectoral (1), ni d'un retrait (2), ni d'un recours contentieux (3). En outre, il faudra apprécier le caractère définitif en considération de la date d'achèvement des travaux (4).

1 : Du déféré préfectoral et de la validité d'une autorisation de construire délivrée postérieurement au 1er octobre 2007

351. Le régime du déféré préfectoral et son incidence sur la conformité d'une autorisation de construire délivrée postérieurement au 1^{er} octobre 2007 — En application de l'article L. 2131-6 du Code général des collectivités territoriales (CGCT)³⁷⁴, un déféré préfectoral peut être exercé à l'encontre d'une autorisation d'urbanisme dans un délai de 2 mois francs³⁷⁵ à compter de sa transmission au préfet du département dans le cadre du contrôle de légalité. Ce recours ne peut être exercé qu'à l'encontre d'une autorisation d'urbanisme

³⁷³ Décret n° 2007-18 du 5 janvier 2007 pris pour l'application de l'ordonnance n° 2005-1527 du 8 décembre 2005 relative au permis de construire et aux autorisations d'urbanisme.

³⁷⁴ Voir en ce sens : Art. L. 2136-6 du CGT alinéa 1^{er} : « Le représentant de l'État dans le département défère au tribunal administratif les actes mentionnés à l'article L. 2131-2 qu'il estime contraires à la légalité dans les deux mois suivant leur transmission. » Et art. L. 2131-2 du CGI : « Sont soumis aux dispositions de l'article L. 21-31-1 les actes suivants : (...) 6^{ème} Le permis de construire et les autres autorisations d'utilisation du sol et le certificat d'urbanisme délivré par le Maire ou le président de l'établissement public de coopération intercommunale, lorsqu'il a reçu compétence dans les conditions prévues aux articles L. 422-1 et L. 422-3 du Code de l'urbanisme ».

³⁷⁵ Voir en ce sens : CE, 29 octobre 2008, « Commune de Sainte-Marie-aux-Mines », req. n° 273569, « Le délai du déféré préfectoral est un délai franc ».

délivrée par le maire au nom de la commune³⁷⁶. Il ne s'applique donc pas aux autorisations d'urbanisme délivrées par le maire au nom de l'État ou par le préfet au nom de l'État³⁷⁷. Lors de l'audit portant sur le caractère définitif des autorisations de construire, Il appartiendra donc

³⁷⁶ Voir en ce sens : Art. L. 422-1 a) du Code de l'urbanisme : « *L'autorité compétente pour délivrer le permis de construire, d'aménager ou de démolir et pour se prononcer sur un projet faisant l'objet d'une déclaration préalable est : a) le Maire, au nom de la commune, dans les communes qui se sont dotées d'un plan local d'urbanisme ou d'un document 'd'urbanisme en tenant lieu, ainsi que, lorsque le conseil municipal l'a décidé, dans les communes qui se sont dotées d'une carte communale ; lorsque le transfert de compétence à la commune est intervenu, ce transfert est définitif ; (...)* ».

³⁷⁷ Voir en ce sens : Art. L. 422-1 b) du code précité : « *L'autorité compétente pour délivrer le permis de construire, d'aménager ou de démolir et pour se prononcer sur un projet faisant l'objet d'une déclaration préalable est (...)* b) *Le préfet, ou le maire ou nom de l'État dans les autres communes* » et Art. L. 422-2 du Code de l'urbanisme : « *Par exception aux dispositions du a) de l'article L. 422-1, l'autorité administrative de l'État est compétente pour se prononcer sur un projet portant sur : a) Les travaux, constructions et installations réalisés pour le compte d'États étrangers ou d'organisations internationales, de l'État, de ses établissements publics et concessionnaires ; b) Les ouvrages de production, de transport, de distribution et de stockage d'énergie, ainsi que ceux utilisant des matières radioactives ; un décret en Conseil d'État détermine la nature et l'importance de ces ouvrages ; c) Les travaux, constructions et installations réalisés à l'intérieur des périmètres des opérations d'intérêt national mentionnées à l'article L. 121-2 ; d) Les opérations ayant fait l'objet d'une convention prise sur le fondement de l'article L. 302-9-1 du Code de la construction et de l'habitation, pendant la durée d'application de l'arrêté préfectoral prévu au même article ; e) Les logements construits par des sociétés de construction dans lesquelles l'État détient la majorité du capital. Lorsque la décision est prise par le préfet, celui-ci recueille l'avis du maire ou du président de l'établissement public de coopération intercommunale compétent. »* Ainsi que l'art. R. 422-1 du même code « *Lorsque la décision est prise au nom de l'État, elle émane du maire, sauf dans les cas mentionnés à l'article R. 422-2 où elle émane du préfet. »* Et enfin l'art. R. 422-2 du même code « *Le préfet est compétent pour délivrer le permis de construire, d'aménager ou de démolir et pour se prononcer sur un projet faisant l'objet d'une déclaration préalable dans les communes visées au b) de l'article L. 422-1 et dans les cas prévus par l'article L. 422-2 dans les hypothèses suivantes : a) Pour les projets réalisés pour le compte d'États étrangers ou d'organisations internationales, de l'État, de ses établissements publics et concessionnaires ; b) Pour les ouvrages de production, de transport, de distribution et de stockage d'énergie lorsque cette énergie n'est pas destinée, principalement, à une utilisation directe par le demandeur ; c) Pour les installations nucléaires de base ; d) Pour les travaux qui sont soumis à l'autorisation du ministre de la Défense ou du ministre chargé des sites ou en cas d'évocation par le ministre chargé de la protection de la nature ou par le ministre chargé des monuments historiques et des espaces protégés ; e) En cas de désaccord entre le maire et le responsable du service de l'État dans le département chargé de l'instruction mentionné à l'article R. 423-16. Le préfet peut déléguer sa signature au responsable du service de l'État dans le département chargé de l'instruction ou à ses subordonnés, sauf dans le cas prévu au e) ci-dessus*».

aux candidats à l'acquisition de s'assurer du point de départ du délai au regard du tampon figurant sur l'arrêté d'autorisation, ou à défaut la date du courrier de transmission de l'arrêté au préfet du département. À titre d'exemple, pour une autorisation délivrée le 10 juillet 2010 et qui a été transmise au contrôle de légalité le jour même au regard des pièces précitées, le délai d'action préfectorale a expiré le 11 septembre 2010 à minuit. Une autorisation sera devenue définitive au regard du délai d'action préfectorale lorsqu'une attestation certifiant l'absence de déféré préfectoral émanant du préfet de département aura été transmise et communiquée en data-room, ou lorsque le vendeur disposera d'une attestation du maire certifiant qu'aucun déféré n'a été formé contre l'autorisation qu'il a délivrée.

2 : Du retrait et de la validité d'une autorisation de construire délivrée postérieurement au 1er octobre 2007

352. Le régime du retrait et son incidence sur la conformité d'une autorisation de construire délivrée postérieurement au 1^{er} octobre 2007— Depuis le 1^{er} octobre 2007 et en application de l'article L. 424-5 du Code de l'urbanisme³⁷⁸, un permis de construire ou de démolir illégal ne peut être retiré par l'autorité administrative compétente que dans un délai de 3 mois suivant sa date de délivrance. Il ne s'agit pas d'un délai franc³⁷⁹. Au-delà de la date d'expiration du délai de retrait pour illégalité, le permis de construire ou de démolir ne pourra être retiré que sur la demande de son bénéficiaire ou s'il a été obtenu par fraude³⁸⁰. À titre d'exemple pour un permis de construire ou de démolir délivré le 10 juillet 2010, le délai de retrait pour illégalité expirera le 10 octobre à minuit. De plus, les dispositions précitées de l'article L.424-5 du Code de l'urbanisme prévoient expressément que la décision de non-opposition à la déclaration préalable ne peut faire l'objet d'aucun retrait. En revanche, un recours gracieux prorogeant le délai de recours contentieux contre une décision de non-opposition à la déclaration préalable sera recevable. En tout état de cause, un retrait peut intervenir soit de façon spontanée à l'initiative de l'autorité qui a délivré l'autorisation, soit sur

³⁷⁸ L'art. L. 424-5 du Code de l'urbanisme dispose que « *la décision de non-opposition à la déclaration préalable ne peut faire l'objet d'aucun retrait. Le permis de construire, d'aménager ou de démolir, tacite ou explicite, ne peut être retiré que s'il est illégal et dans le délai de trois mois suivant la date de cette décision. Passé ce délai, le permis ne peut être retiré que sur demande explicite de son bénéficiaire* ».

³⁷⁹ Voir en ce sens : CE, 14 octobre 2002, « SARL Détroit c/ commune de Granville », *BJDU* 2002, n° 364.

³⁸⁰ Voir en ce sens : CE, 17 mars 1976, « Todeschini », *Rec. CE*. 1976 p. 157.

demande d'un tiers, soit sur demande du préfet. Qu'il soit initial, modificatif ou de transfert, un permis de construire est définitif au regard du délai de retrait lorsque, transmise au vendeur, une attestation émanant de l'autorité compétente et certifiant l'absence de retrait peut faire l'objet d'une production en data-room.

3 : Du recours contentieux et de la validité d'une autorisation de construire délivrée postérieurement au 1er octobre 2007

353. Le régime du recours contentieux postérieurement au 1^{er} octobre 2007 —

Le 1^{er} octobre 2007 est entré en vigueur du décret n° 2007-18 du 5 janvier 2007 en application de l'article R. 600-2 du Code de l'urbanisme³⁸¹. Depuis lors, le délai de recours contentieux à l'encontre d'une autorisation d'urbanisme court à l'égard des tiers à compter du premier jour d'une période continue de 2 mois d'affichage sur le terrain des informations figurant dans l'arrêté. L'arrêté doit être visible de l'extérieur du terrain, c'est-à-dire lisible de la voie publique ou des espaces ouverts au public³⁸². Il doit comporter un ensemble de mentions

³⁸¹ L'art. R. 600-2 du Code de l'urbanisme dispose que « le délai de recours contentieux à l'encontre d'une décision de non-opposition à une déclaration préalable ou d'un permis de construire, d'aménager ou de démolir court à l'égard des tiers à compter du premier jour d'une période continue de deux mois d'affichage sur le terrain des pièces mentionnées à l'article R. 424-15 ». L'art. 424-15 du code précité dispose prévoit la « mention du permis explicite ou tacite ou de la déclaration préalable doit être affichée sur le terrain, de manière visible de l'extérieur, par les soins de son bénéficiaire, dès la notification de l'arrêté ou dès la date à laquelle le permis tacite ou la décision de non-opposition à la déclaration préalable est acquis et pendant toute la durée du chantier. Cet affichage n'est pas obligatoire pour les déclarations préalables portant sur une coupe ou un abattage d'arbres situés en dehors des secteurs urbanisés. Cet affichage mentionne également l'obligation, prévue à peine d'irrecevabilité par l'article R. 600-1, de notifier tout recours administratif ou tout recours contentieux à l'auteur de la décision et au bénéficiaire du permis ou de la décision prise sur la déclaration préalable. En outre, dans les huit jours de la délivrance expresse ou tacite du permis ou de la décision de non-opposition à la déclaration préalable, un extrait du permis ou de la déclaration est publié par voie d'affichage à la mairie pendant deux mois. L'exécution de cette formalité fait l'objet d'une mention au registre chronologique des actes de publication et de notification des arrêtés du maire prévus à l'article R. 2122-7 du Code général des collectivités territoriales. Un arrêté du ministre chargé de l'urbanisme règle le contenu et les formes de l'affichage ».

³⁸² Voir en ce sens l'article A. 424-18 du Code de l'urbanisme : « Le panneau d'affichage doit être installé de telle sorte que les renseignements qu'il contient demeurent lisibles de la voie publique ou des espaces ouverts au public pendant toute la durée du chantier ».

obligatoires ayant trait au nom, à la raison sociale ou à la dénomination du bénéficiaire. Il doit également indiquer la date et la nature du permis ainsi que la nature du projet, la superficie du terrain ainsi que l'adresse de la mairie où le dossier peut être consulté. Lorsque le projet prévoit des constructions, il doit aussi comporter la surface de plancher autorisée ainsi que leur hauteur. Enfin, lorsque le projet prévoit des démolitions, il doit mentionner la surface des bâtiments à démolir. En vertu des dispositions de l'article L. 451-1 du Code de l'urbanisme³⁸³, si le permis de construire vaut autorisation de démolir, l'irrégularité affectant l'affichage du permis au regard de son volet démolition rend inopposable le déclenchement du délai de recours visé par l'article R. 600-2 pour l'ensemble de l'autorisation³⁸⁴. De même, l'indication de la hauteur du bâtiment à construire constitue une mention substantielle dont l'absence ne fait pas courir le délai de recours³⁸⁵. Il en va de même pour la mention portant sur les délais et voies de recours, dont l'absence empêche le déclenchement du délai de recours contentieux³⁸⁶. À peine d'irrecevabilité, le panneau doit également mentionner l'obligation prévue de l'article R. 600-1 du Code de l'urbanisme : il s'agit de notifier tout recours administratif ou tout recours contentieux à l'auteur de la décision et au bénéficiaire du permis ou de la décision prise sur la déclaration préalable. Cette notification doit être adressée par lettre recommandée avec accusé de réception dans un délai de 15 jours francs à compter du dépôt³⁸⁷. Selon une jurisprudence constante en la matière, l'affichage continu d'une autorisation d'urbanisme sur le terrain est valablement prouvé par trois constats d'huissiers attestant de sa présence continue pendant une durée de 2 mois. Il convient alors de s'assurer d'une part de l'existence en data-room de ces trois procès-verbaux, et d'autre part que l'affichage comporte bien les mentions précitées : leur présence conditionne le déclenchement du délai de recours contentieux et l'opposabilité de l'irrecevabilité du recours en cas d'absence de notification prévue à l'article R. 600-1 du Code de l'urbanisme et si les éventuelles erreurs ou omissions constatées sont de nature à avoir empêché le déclenchement du délai de recours. A titre

³⁸³ Art. L. 451 du Code de l'urbanisme : « *Lorsque la démolition est nécessaire à une opération de construction ou d'aménagement, la demande de permis de construire ou d'aménager peut porter à la fois sur la démolition et sur la construction ou l'aménagement. Dans ce cas, le permis de construire ou le permis d'aménager autorise la démolition* ».

³⁸⁴ Voir en ce sens : CAA Nancy, 9 juin 2011, « M. et Mme Hoch », req. n° 10NC01632.

³⁸⁵ CE, 6 juillet 2012, « M. Dany A. », req. n° 339883.

³⁸⁶ Voir en ce sens : CE, 1^{er} juillet 2010, « Centre Hospitalier de Menton-la-Palmosa », *rec. CE*. 2010, p. 1022.

³⁸⁷ Voir en ce sens : Art. R. 424-15 et art. A. 424-17 alinéa 3 du Code de l'urbanisme.

d'exemple pour une autorisation délivrée le 10 juillet 2010, la présence de trois procès-verbaux constatant un affichage du permis sur le terrain visible de l'extérieur les 20 juillet, 20 août et 20 septembre ainsi que la présence des mentions obligatoires attestent d'un affichage régulier de l'autorisation. Celle-ci pourra en principe obtenir un caractère définitif à l'égard des tiers le 21 septembre 2010 en l'absence de recours contentieux avant cette date et en cas l'absence fraude.

Afin d'attester auprès des candidats-acquéreurs du caractère définitif de l'autorisation d'urbanisme, il convient de communiquer en data-room un certificat de non-recours gracieux et contentieux émanant de l'autorité ayant délivré l'autorisation et du tribunal administratif compétent. En tout état de cause, lorsqu'aucune attestation ou certificat n'a été délivré, et qu'il ne dispose ce faisant d'aucune preuve de la régularité de l'affichage, il convient de considérer l'autorisation d'urbanisme comme définitive un an après l'achèvement des travaux en considération des dispositions de l'article R.600-3 du Code de l'urbanisme. En effet, cet article est applicable aux actions introduites à compter du 1^{er} octobre 2007 ; il prévoit l'irrecevabilité des actions en vue de l'annulation d'un permis de construire ou d'aménager ou d'une décision de non-opposition à la déclaration préalable, à l'expiration d'un délai d'un an à compter de l'achèvement des travaux³⁸⁸. Sauf preuve contraire, la date de l'achèvement des travaux est celle de la réception en mairie de la déclaration par laquelle le pétitionnaire atteste de l'achèvement des travaux et de leur conformité en application de l'article R.462-1 du code précité³⁸⁹. Cette déclaration attestant l'achèvement de la construction et la conformité des

³⁸⁸ Art. R. 600-3 du Code de l'urbanisme : « *Aucune action en vue de l'annulation d'un permis de construire ou d'aménager ou d'une décision de non-opposition à une déclaration préalable n'est recevable à l'expiration d'un délai d'un an à compter de l'achèvement de la construction ou de l'aménagement. Sauf preuve contraire, la date de cet achèvement est celle de la réception de la déclaration d'achèvement mentionnée à l'article R. 462-1* ».

³⁸⁹ Art. R. 462-1 du Code de l'urbanisme : « *La déclaration attestant l'achèvement et la conformité des travaux est signée par le bénéficiaire du permis de construire ou d'aménager ou de la décision de non-opposition à la déclaration préalable ou par l'architecte ou l'agréé en architecture, dans le cas où ils ont dirigé les travaux. Elle est adressée par pli recommandé avec demande d'avis de réception postal au maire de la commune ou déposée contre décharge à la mairie. Lorsque la commune est dotée des équipements répondant aux normes fixées par l'arrêté du ministre chargé de l'urbanisme prévu à l'article R. 423-49, la déclaration peut être adressée par courrier électronique dans les conditions définies par cet article. Le maire transmet cette déclaration au préfet lorsque la décision de non-opposition à la déclaration préalable ou le permis a été pris au nom de l'État, ou au président de l'établissement public de coopération intercommunale lorsque la décision de non-opposition à la déclaration préalable ou le permis a été pris au nom de cet établissement public.* »

travaux (lorsqu'elle porte sur des commerces pour lesquels la demande d'autorisation a été déposée avant le 1^{er} janvier 2013) doit être accompagnée de l'attestation constatant que les travaux réalisés respectent les règles d'accessibilité aux personnes handicapées ou à mobilité réduite³⁹⁰.

4 : De la date d'achèvement des travaux et de la conformité d'une autorisation de construire délivrée postérieurement au 1er octobre 2007

354. L'incidence de la date d'achèvement des travaux au regard du caractère définitif de l'autorisation de construire délivrée postérieurement au 1^{er} octobre 2007 — La date d'achèvement des travaux correspond à celle de la réception de la déclaration précitée en mairie. Pour la majorité de la doctrine, elle peut être rapportée par tous moyens³⁹¹; cependant, par un arrêt du 30 juin 2011,³⁹² la Cour administrative d'appel de Bordeaux semble avoir imposé comme seule preuve possible une déclaration d'achèvement des travaux établie et reçue en mairie conformément à l'article R. 462-1 du Code de l'urbanisme. En revanche, dans un arrêt du 23 février 2012³⁹³, la Cour administrative d'appel de Marseille a considéré que des factures démontrant une occupation des lieux étaient de nature à constituer un élément de preuve de la date de l'achèvement des travaux au sens de l'article R. 600-3 du Code de l'urbanisme. En conséquence, l'appréciation de la date d'achèvement de la construction nécessite de prendre en compte la date de réception en mairie de la déclaration attestant l'achèvement et la conformité de la construction. À défaut, la date du certificat de non-contestation de conformité sera de nature à fixer la date à laquelle les travaux ont été terminés.

Il résulte de cette analyse que lorsqu'aucune déclaration attestant l'achèvement de la conformité des travaux ne peut être transmise en data-room, ou s'il n'est pas possible pour le

³⁹⁰ Voir en ce sens : Art. L. 111-7-3 du Code de la construction et de l'habitation sur renvoi établi par l'art. R. 111-19-27 du même code : « *Les établissements existants recevant du public doivent être tels que toute personne handicapée puisse y accéder, y circuler et y recevoir les informations qui y sont diffusées, dans les parties ouvertes au public. L'information destinée au public doit être diffusée par des moyens adaptés aux différents handicaps* ».

³⁹¹ Voir en ce sens : D. LARRALDE, « Régime commun des décisions relatives aux permis et aux déclarations préalables », *JCP A 2007*, n° 2034.

³⁹² CAA Bordeaux, 30 juin 2011, « M. Meilhan Bordes c/ commune de Lartigues », req. n° 10BX02875.

³⁹³ CCA Marseille, 23 février 2012, « Mme Perugia c/ commune de Draguignan », req. n° 10MA01543.

vendeur de certifier la date de réception en mairie d'un tel document et qu'il ne dispose d'aucun certificat de non-contestation de la conformité, ni d'aucun procès-verbal d'affichage, le caractère définitif de l'autorisation ne pourra être établi.

B : Le caractère définitif des autorisations délivrées antérieurement au 1er octobre 2007

355. L'analyse des autorisations de construire délivrées antérieurement au 1^{er} octobre 2007 — Le périmètre d'audit permettant de déterminer le caractère définitif de l'autorisation de construire ne va pas fluctuer selon que nous nous trouvions avant ou après 2007. En revanche, le régime juridique de chacune de ces composantes a été modifié en profondeur. Il conviendra donc d'apprécier les conditions de mise en œuvre du déféré préfectoral (1), du retrait (2) et du recours contentieux (3) dans leur version antérieure au 1^{er} octobre 2007. Dans le même sens, une attention particulière devra être apportée à la date d'achèvement des travaux (4).

1 : Le déféré préfectoral et la validité des autorisations de construire délivrées antérieurement au 1er octobre 2007

356. Le régime du déféré préfectoral antérieurement au 1^{er} octobre 2007 — En application de l'article L. 2131-6 du CGCT³⁹⁴, un déféré préfectoral peut être exercé à l'encontre d'une autorisation d'urbanisme dans un délai de 2 mois francs à compter de sa transmission au préfet du département dans le cadre d'un contrôle de légalité. Il convient de s'assurer du point de départ de ce délai au regard du tampon figurant sur l'arrêté d'autorisation attestant de sa transmission en préfecture, ou à défaut de la date du courrier de transmission de l'arrêté au préfet du département. À titre d'exemple pour une autorisation délivrée le 10 juillet 2001 et transmise au contrôle de légalité le même jour, le délai d'action préfectoral aura expiré le 11 septembre à minuit. Ainsi, conviendra-t-il de considérer l'autorisation d'urbanisme comme étant devenue définitive au regard du délai d'action préfectoral lorsqu'une attestation

³⁹⁴ Voir en ce sens : Art. L. 2131-6 al. du CGCT : «Le représentant de l'État dans le département défère au tribunal administratif les actes mentionnés à l'article L. 2131-2 qu'il estime contraires à la légalité dans les deux mois suivant leur transmission».

certifiant l'absence de déféré préfectoral émanant du préfet de département pourra être transmise en data-room, ou à défaut lorsqu'une attestation du maire certifiera qu'aucun déféré n'a été formé contre l'autorisation.

2 : Le retrait et de la validité des autorisations de construire délivrées antérieurement au 1er octobre 2007

357. Le régime du retrait antérieurement au 1^{er} octobre 2007 — Avant l'entrée en vigueur de la réforme des autorisations d'urbanisme, le retrait d'une autorisation ne pouvait intervenir que dans un délai de 4 mois à compter de sa délivrance et à condition qu'elle soit illégale en application de la jurisprudence « *Ternon* » du 26 octobre 2001³⁹⁵. Au-delà de la date d'expiration du délai de retrait pour illégalité, l'autorisation ne pourrait être retirée que sur la demande de son bénéficiaire ou si elle a été obtenue par fraude³⁹⁶. Ainsi, pour une autorisation délivrée le 10 juillet 2001, un retrait pour illégalité ne pouvait intervenir que jusqu'au 10 novembre 2001 à minuit. En tout état de cause, une autorisation d'urbanisme sera considérée comme définitive au regard du délai de retrait lorsque le vendeur pourra justifier auprès des acquéreurs potentiels (en data-room) d'une attestation certifiant l'absence de retrait émanant de l'autorité compétente pour délivrer l'autorisation.

3 : Le recours contentieux et la validité des autorisations de construire délivrées antérieurement au 1er octobre 2007

358. Le régime du recours contentieux antérieurement au 1^{er} octobre 2007 — L'article R. 421-42 du Code de l'urbanisme dans sa version issue du décret n° 73-1023 du 8 novembre 1973 prévoyait que le permis de construire devait faire l'objet d'un affichage sur le terrain, de manière à être visible de l'extérieur pendant toute la durée d'un chantier, ainsi que d'un affichage en mairie pendant une durée de 2 mois. Ces dispositions ont été reprises à

³⁹⁵ CE Ass., 26 octobre 2001, « M. Ternon », req. n° 197018, « sous réserve des dispositions législatives ou réglementaires contraires, et hors le cas où il est satisfait à une demande du bénéficiaire, l'administration ne peut retirer une décision individuelle explicite créatrice de droits, si elle est illégale, que dans le délai de quatre mois suivant la prise de cette décision ».

³⁹⁶ Voir en ce sens : CE, 17 mars 1976, « Todeschini », req. n° 99289, *Rec. CE*, p. 157.

l'article R. 421-39 du Code de l'urbanisme³⁹⁷ en vigueur du 1^{er} avril 1984 au 1^{er} octobre 2007, lequel prévoit également que le permis de construire doit faire l'objet d'un affichage sur le terrain du projet durant tout le chantier et en mairie pendant 2 mois. En application de ces dispositions, le Conseil d'État considérait que le point de départ du délai de recours contre un permis de construire était la date la plus tardive de mise en œuvre de ses formalités d'affichage sur le terrain et en mairie³⁹⁸. À compter de l'entrée en vigueur le 30 avril 1988 du décret n° 88-471 du 28 avril 1988 et jusqu'au 1^{er} octobre 2007, l'ancien article R. 490-7 du Code de l'urbanisme précisait en outre que « le délai de recours contentieux à l'encontre d'un permis de construire court à l'égard des tiers à compter de la plus tardive deux dates que sont soit le premier jour d'une période continue d'affichage d'une durée de deux mois, soit le premier jour d'une période continue de deux mois de 2 mois d'affichage en mairie. Ces dispositions valent tant pour les permis de construire que pour les déclarations de travaux. Le délai de recours contentieux à l'encontre d'une autorisation d'urbanisme délivrée avant le 1^{er} octobre 2007 commençait donc à courir à l'égard des tiers à compter du premier jour de l'accomplissement du dernier de ces deux affichages.

359. Les conditions de validité de l'affichage - Pour la jurisprudence, l'affichage continu sur le terrain de l'autorisation sera valablement prouvé par trois constats d'huissiers attestant d'une durée supérieure à deux mois³⁹⁹. Concrètement, une autorisation d'urbanisme délivrée le 10 juillet 2001 dont l'affichage a été constaté par trois procès-verbaux les 20 juillet, 20 août et 20 septembre 2001 attestera d'un affichage régulier de l'autorisation. Celle-ci aura

³⁹⁷ Art. R. 421-39 du Code de l'urbanisme : « *Mention du permis de construire doit être affichée sur le terrain, de manière visible de l'extérieur, par les soins de son bénéficiaire, dès la notification de la décision d'octroi et pendant toute la durée du chantier. Il en est de même lorsqu'aucune décision n'a été prise à l'égard de la demande de permis de construire dans le délai imparti, d'une copie de la lettre de notification de délai ou d'une copie de l'avis de réception postal ou de la décharge de la lettre de mise en demeure prévue à l'article R. 421-14 et d'une copie de l'avis de réception ou de la décharge du dépôt de la demande. En outre, dans les huit jours de la délivrance expresse ou tacite du permis de construire, un extrait du permis ou une copie de la lettre visée à l'alinéa précédent est publié par voie d'affichage à la mairie pendant deux mois. L'exécution de cette formalité fait l'objet d'une mention au registre chronologique des actes de publication et de notification des arrêtés du maire prévu à l'article R. 122-11 du code des communes* ».

³⁹⁸ Voir en ce sens : CE, 14 décembre 1981, « S.A.R.L European Homes », req. n° 15498.

³⁹⁹ Voir en ce sens : CE, 23 septembre 1991, « Syndicat des copropriétaires de l'immeuble sis 9 rue Pugliesi/Conti à Ajaccio », req. n° 112785, *Rec. CE 1991*, p. 1115.

acquis un caractère définitif à l'égard des tiers à l'expiration d'un délai de deux mois à compter du 1^{er} jour de son affichage continu sur le terrain, soit le 21 septembre 2001 à minuit dans notre exemple. Pour attester du caractère définitif de l'autorisation en data-room, le vendeur doit fournir aux candidats à l'acquisition un certificat de non-recours gracieux et contentieux émanant de l'autorité ayant délivré l'autorisation ou du tribunal administratif compétent. Dès lors qu'un tel document est inséré en data-room, il convient d'apprécier l'autorisation d'urbanisme comme définitive. *A contrario*, en l'absence de preuve de l'accomplissement des formalités d'affichage, il conviendra de considérer que les délais de recours contentieux à l'égard des tiers continueront de courir de façon indéfinie depuis la délivrance de l'autorisation. En revanche, plus aucun recours ne sera acceptable à l'expiration du délai d'un an à compter de l'achèvement des travaux en application de l'article R. 600-3 du Code de l'urbanisme⁴⁰⁰.

4 : La date d'achèvement des travaux et la conformité des autorisations de construire délivrées antérieurement au 1er octobre 2007

360. L'incidence de la date d'achèvement des travaux au regard du caractère définitif de l'autorisation de construire délivrée antérieurement au 1^{er} octobre 2007 — L'article R. 600-3 du Code de l'urbanisme précise que sauf preuve contraire, la date d'achèvement des travaux est celle de la réception en mairie de la déclaration par laquelle le pétitionnaire atteste l'achèvement et la conformité des travaux en application de l'article R. 462-1 du code précité⁴⁰¹. Or, jusqu'au 1^{er} octobre 2007, une déclaration d'achèvement des

⁴⁰⁰ Cet article prévoit qu'aucune action en vue de l'annulation d'un acte d'urbanisme n'est recevable à l'expiration d'un délai d'un an à compter de l'achèvement des travaux.

⁴⁰¹ Art. R. 662-1 du Code de l'urbanisme : « La déclaration attestant l'achèvement et la conformité des travaux est signée par le bénéficiaire du permis de construire ou d'aménager ou de la décision de non-opposition à la déclaration préalable ou par l'architecte ou l'agréé en architecture, dans le cas où ils ont dirigé les travaux. Elle est adressée par pli recommandé avec demande d'avis de réception postal au maire de la commune ou déposée contre décharge à la mairie. Lorsque la commune est dotée des équipements répondant aux normes fixées par l'arrêté du ministre chargé de l'urbanisme prévu à l'article R. 423-49, la déclaration peut être adressée par courrier électronique dans les conditions définies par cet article. Le maire transmet cette déclaration au préfet lorsque la décision de non-opposition à la déclaration préalable ou le permis a été pris au nom de l'État, ou au président de l'établissement public de coopération intercommunale lorsque la décision de non-opposition à la déclaration préalable ou le permis a été pris au nom de cet établissement public ».

travaux soumis à un permis de construire devait être établie dans un délai de 30 jours à compter de l'achèvement des travaux⁴⁰². Elle était adressée au maire de la commune où la construction a été édiflée par LRAR ou déposée contre décharge à la mairie au regard des prescriptions de l'article R. 460-2 du Code de l'urbanisme. Si la date d'achèvement des travaux correspond à celle de la réception de la déclaration précitée en mairie, la majorité de la doctrine s'accorde néanmoins à considérer que conformément à ces dispositions, la date d'achèvement des travaux pourrait être apportée par tout moyen⁴⁰³. Cependant, les juges du fond semblent partagés sur cette question ; ainsi la Cour administrative d'appel de Bordeaux a-t-elle estimé dans un arrêt en date du 30 juin 2011⁴⁰⁴ que la preuve de la date de l'achèvement des travaux ne pouvait être établie que suite à la réception en mairie d'une déclaration d'achèvement conforme aux prescriptions de l'article R. 462-1 du Code de l'urbanisme. Dans le cas d'espèce, aucune justification matérielle de date de l'achèvement des travaux n'avait été mise en avant. Or, la Cour administrative d'appel de Marseille (dont la décision n'a pas donné lieu à un pourvoi) estime pour sa part dans un arrêt du 23 février 2012⁴⁰⁵ que la date de l'achèvement des travaux pouvait résulter d'une occupation de la construction.

En tout état de cause, pour apprécier la date à laquelle la construction autorisée a été achevée, il faut apprécier les informations tenant à la date de réception en mairie de la déclaration d'achèvement des travaux. À défaut, il faut se reporter à la date du certificat de non-contestation de la conformité, laquelle constituera la date à laquelle l'achèvement des travaux est au plus tard survenu. Dès lors que l'article R. 600-3 n'est applicable qu'aux actions introduites à compter du 1^{er} octobre 2007, la preuve de l'achèvement des travaux pour les autorisations délivrées et achevées antérieurement devra se faire par une attestation ou d'un certificat de non-recours gracieux et contentieux délivré après le 1^{er} octobre 2007. En toute hypothèse, l'expiration d'un délai d'1 an à compter de l'achèvement des travaux attestera que plus aucun recours ne sera recevable.

Prenons l'exemple d'une autorisation d'urbanisme délivrée le 10 juillet 2001 et ayant fait l'objet d'une déclaration d'achèvement de travaux reçue en mairie le 5 mars 2002. Dans ce

⁴⁰² Voir en ce sens : Art R. 460-1 alinéa 1^{er} du Code de l'urbanisme : « *Dans le délai de trente jours à compter de l'achèvement des travaux, une déclaration attestant cet achèvement est établie conformément au modèle fixé par arrêté du ministre chargé de l'urbanisme* ».

⁴⁰³ Voir en ce sens : R. CRISTINI, Code de l'urbanisme 2008, *Dalloz*, p. 2143.

⁴⁰⁴ CAA Bordeaux, 30 juin 2011, « M. Meilhan Bordes c/ commune de Lartigues », req. n° 10BX02875

⁴⁰⁵ CCA Marseille, 23 février 2012, « Mme Perugia c/ commune de Draguignan », req. n° 10MA01543.

cas, aucune action contentieuse ne pourra être intentée contre l'autorisation dès lors que le vendeur dispose d'une attestation ou d'un certificat de non-recours gracieux ou contentieux postérieur au 1^{er} octobre 2007. Imaginons une autorisation d'urbanisme délivrée le 10 juillet 2001 pour laquelle le vendeur ne dispose d'aucune déclaration d'achèvement des travaux. Le certificat de conformité serait en revanche daté du 7 octobre 2004 : il faut alors considérer que l'achèvement des travaux est intervenu au plus tard à cette date. Aucune action contentieuse contre l'autorisation ne serait aujourd'hui recevable dès lors que le vendeur disposait d'une attestation ou d'un certificat de non-recours gracieux ou contentieux postérieur au 1^{er} octobre 2007. Lorsque le vendeur ne peut justifier de l'ensemble de ces informations en data-room, il faut considérer que le caractère définitif de l'autorisation n'est pas établi. Dans le même sens, si le vendeur ne dispose d'aucune déclaration d'achèvement de travaux et d'aucun certificat de conformité ni d'aucun procès-verbal d'affichage, le caractère définitif de l'autorisation ne saurait être établi.

II : La conformité des constructions

361. L'appréciation de la conformité des constructions — Il appartiendra aux candidats à l'acquisition de vérifier que les constructions achevées en application des autorisations délivrées détiennent la conformité administrative (**A**). Ils devront également s'assurer de la conformité réelle des documents en effectuant une comparaison entre les surfaces autorisées et celles existantes, lorsqu'elles ont fait l'objet d'un relevé établi par un géomètre expert (**B**).

A : La conformité administrative des constructions

362. L'incidence de la date de l'achèvement des constructions sur la réalisation de l'audit — Il nous faudra distinguer ici les constructions qui ont été achevées antérieurement (**2**) de celles qui l'ont été postérieurement (**1**) au 1^{er} octobre 2007.

1 : L'achèvement de la construction postérieur au 1er octobre 2007

363. Les constructions achevées après le 1^{er} octobre 2007 — Les travaux achevés à compter du 1^{er} octobre 2007 n'ont plus à faire l'objet d'un certificat de conformité. En effet, il appartient aux constructeurs de certifier la conformité des travaux à l'occasion de la déclaration de leur achèvement⁴⁰⁶. Le formulaire de déclaration ne concerne que les travaux issus du permis de construire ou d'aménager et de non-opposition à la déclaration préalable. En revanche, les démolitions autorisées par un permis ne sont pas concernées par cette déclaration. La conformité peut être contestée par l'autorité administrative dans un délai de 3 mois (porté à 5 en cas de récolement obligatoire) à compter de la réception en mairie de la déclaration d'achèvement des travaux certifiant la conformité de ceux-ci au permis de construire ou à la déclaration préalable⁴⁰⁷. Le récolement est obligatoire lorsqu'il s'agit d'immeuble recevant du public⁴⁰⁸. En l'espèce, il s'agit de la procédure de data-room portant

⁴⁰⁶ Voir en ce sens : art. L. 462-1 du Code de l'urbanisme : « À l'achèvement des travaux de construction ou d'aménagement, une déclaration attestant cet achèvement et la conformité des travaux au permis délivré ou à la déclaration préalable est adressée au maire ».

⁴⁰⁷ Voir en ce sens : art. R. 462-6 du Code de l'urbanisme : « À compter de la date de réception en mairie de la déclaration d'achèvement, l'autorité compétente dispose d'un délai de trois mois pour contester la conformité des travaux au permis ou à la déclaration. Le délai de trois mois prévu à l'alinéa précédent est porté à cinq mois lorsqu'un récolement des travaux est obligatoire en application de l'article R. 462-7 ».

⁴⁰⁸ Voir en ce sens : art. R. 462-7 du Code de l'urbanisme dans sa version modifiée par le décret n° 201-274 du 28 février 2012 : « Le récolement est obligatoire : a) Lorsque les travaux concernent un immeuble inscrit au titre des monuments historiques en application de l'article L. 621-25 du Code du patrimoine, ou lorsqu'ils sont situés dans un secteur sauvegardé créé en application de l'article L. 313-1 du présent code ou dans un site classé en application des articles L. 341-1 et L. 341-2 du Code de l'environnement ; il est alors effectué en liaison avec l'architecte des Bâtiments de France ou le cas échéant le représentant du ministre chargé des monuments historiques ou du ministre chargé des sites ; b) Lorsqu'il s'agit de travaux soumis aux dispositions des articles R. 122-1 à R. 122-29 du Code de la construction et de l'habitation relatifs aux immeubles de grande hauteur, soit aux dispositions des articles R. 123-1 à R. 123-55 du Code de la construction et de l'habitation relatifs aux établissements recevant du public ; dans ce cas, il est effectué en liaison avec le directeur départemental des services d'incendie et de secours, sauf lorsqu'il s'agit d'établissements recevant du public de 5^{ème} catégorie ne disposant pas de locaux d'hébergement ; c) Lorsqu'il s'agit de travaux réalisés soit à l'intérieur d'un espace ayant vocation à être classé dans le cœur d'un futur parc national dont la création a été prise en considération en application de l'article R. 331-4 du Code de l'environnement, soit à l'intérieur du cœur d'un parc national délimité en application de l'article L. 331-2 du même code, soit à l'intérieur d'une réserve naturelle créée en

sur l'opération de cession-acquisition d'un immeuble commercial, ce qui relèvera à ce titre de la législation spécifique aux ERP.

Conformément à l'article R. 462-10 du Code de l'urbanisme⁴⁰⁹, une attestation certifiant la non-contestation de la conformité des travaux avec le permis de construire ou la déclaration est délivrée sur simple requête du bénéficiaire de l'autorisation à l'issue de ce délai par l'autorité compétente, ou à défaut par le préfet. La conformité des travaux est donc prouvée par cette attestation qu'il conviendra de communiquer en data-room. Dans le cas où celle-ci ne pourrait être produite, la conformité des travaux à l'autorisation délivrée ne sera pas acquise.

2 : L'achèvement de la construction antérieure au 1er octobre 2007

364. Les constructions achevées avant le 1^{er} octobre 2007 — Depuis le 13 novembre 1973, l'article L. 460-2 du Code de l'urbanisme prévoit qu'un certificat constate la conformité des travaux avec le permis de construire une fois les travaux achevés⁴¹⁰. La délivrance d'un certificat de conformité a pour effet de créer une présomption irréfragable de conformité des travaux exécutés au permis de construire⁴¹¹. Les travaux résultant d'une

application de l'article L. 332-1 du même code ; d) Lorsqu'il s'agit de travaux réalisés dans un secteur couvert par un plan de prévention des risques naturels prévisibles ou par un plan de prévention des risques technologiques établis en application du Code de l'environnement, ou par un plan de prévention des risques miniers établi en application du Code minier. Toutefois, le récolement n'est pas obligatoire lorsque le plan de prévention n'impose pas d'autre règle que le respect de normes paracycloniques ou parasismiques ou l'obligation de réaliser une étude préalable permettant de déterminer l'aptitude du terrain à recevoir la construction compte tenu de la destination de celle-ci».

⁴⁰⁹ Art. R. 462-10 du Code de l'urbanisme : « Lorsque aucune décision n'est intervenue dans le délai prévu à l'article R. 462-6, une attestation certifiant que la conformité des travaux avec le permis ou la déclaration n'a pas été contestée est délivrée sous quinzaine, par l'autorité compétente, au bénéficiaire du permis ou à ses ayants droit, sur simple requête de ceux-ci. En cas de refus ou de silence de l'autorité compétente, cette attestation est fournie par le préfet, à la demande du bénéficiaire du permis ou de ses ayants droit ».

⁴¹⁰ Voir en ce sens : art. L. 460-2 du Code de l'urbanisme dans sa version en vigueur du 13 novembre 1973 au 1^{er} janvier 1977 : « A leur achèvement, la conformité des travaux avec le permis de construire, ou en cas d'application de l'article L. 430-1, avec les règlements d'urbanisme et les documents prévus aux alinéas a) et b) de l'article L. 430-3, est constatée par un certificat dont les modalités de délivrance sont définies par décret ».

⁴¹¹ Voir en ce sens : Cass. crim, 9 mars 1999, n° 97-86.041, inédit.

déclaration de travaux ou d'un permis de démolir ne sont pas concernés par la délivrance d'un certificat de conformité. Ainsi, la communication d'un certificat de conformité en data-room est-elle nécessaire pour démontrer la conformité des travaux à l'autorisation d'urbanisme. À défaut de production d'un tel document, la conformité des travaux ne saurait être acquise. En toute hypothèse, il convient lors de la « due diligence » que les acquéreurs potentiels vérifient la possibilité d'appliquer au cas d'espèce les dispositions de l'article L. 111-12 du Code de l'urbanisme selon lesquelles les constructions achevées depuis plus de 10 ans bénéficient d'une prescription administrative. Par conséquent, un refus de permis de construire ou de déclaration de travaux ne peut être fondé sur l'irrégularité de la construction initiale. Pour ce faire, il convient de se référer à la date attestée ou présumée d'achèvement des travaux pour calculer le délai de prescription de 10 ans.

B : La conformité réelle

365. L'examen de la concordance entre les surfaces réelles et celles autorisées — Au-delà de la conformité administrative, les candidats à l'acquisition souhaitant limiter au maximum le risque juridique inhérent aux autorisations de construire procèdent toujours à un examen de la concordance entre les surfaces mentionnées sur les différentes autorisations et celles présentées sur le relevé établi par un géomètre expert. Il s'agit de la concordance entre la surface hors œuvre brute (SHOB) et la surface hors œuvre nette (SHON). Depuis le 1^{er} mars 2012, il est question de comparer la surface plancher entre ce qui existe au réel et ce qui est autorisé, afin d'apprécier si ces autorisations ont correctement été mises en œuvre.

III : Le délai de validité de l'autorisation de construire

366. Le délai légal de mise en œuvre des autorisations administratives et sa possibilité de prorogation — Le délai de validité légal, durant lequel l'autorisation de construire peut valablement être mise en œuvre, est de deux ans (A). Toutefois, il est possible de proroger cette période dans des conditions qu'il nous faudra déterminer (B).

A : Un délai légal de mise en œuvre de deux ans

367. La perte des droits résultant de l'autorisation de construire en cas d'absence de mise en œuvre des autorisations dans un délai légal de deux ans — En application de l'article R. 424-17 du Code de l'urbanisme⁴¹², le permis de construire, de démolir ou la non-opposition à la déclaration préalable portant sur une opération comportant des travaux seront périmés si ces autorisations ne sont pas mises en œuvre dans un délai de 2 ans à compter de la notification de l'autorisation à son bénéficiaire.

B : La possibilité de prorogation du délai légal de mise en œuvre des autorisations de construire

368. Les différentes dérogations permettant de proroger le délai légal de mise en œuvre des autorisations de construire – Par dérogation aux dispositions précitées, la durée de validité des autorisations passe à 3 ans pour celles qui sont en cours de validité au 20 décembre 2008 ou délivrées au plus tard le 31 décembre 2010. Dans ce laps de temps, la délivrance d'un permis de construire modificatif n'a pas pour effet de proroger le délai de validité du permis initial⁴¹³. Néanmoins, en application de l'article R. 424-21 du Code de l'urbanisme⁴¹⁴, une autorisation d'urbanisme peut être prorogée sur demande de son bénéficiaire pour une durée d'un an si les prescriptions d'urbanisme auxquelles le projet est soumis n'ont pas évolué de façon défavorable à son égard. Cette demande de prorogation doit être effectuée par le bénéficiaire de l'autorisation 2 mois avant l'expiration de son délai de

⁴¹² L'article R 424-17 du Code de l'urbanisme dispose que « *le permis de construire, d'aménager ou de démolir est périmé si les travaux ne sont pas entrepris dans le délai de deux ans à compter de la notification mentionnée à l'article R.424-10 ou de la date à laquelle la décision tacite est intervenue. Il en est de même si, passé ce délai, les travaux sont interrompus pendant un délai supérieur à une année. Les dispositions du présent article sont applicables à la décision de non-opposition à une déclaration préalable lorsque cette déclaration porte sur une opération comportant des travaux*».

⁴¹³ Voir en ce sens : CE, 16 février 1979, « SCI Cap Naoi », req. n° 03646, rec. CE. 1979, p. 66.

⁴¹⁴ Art. R. 424-21 du Code de l'urbanisme : « *Le permis de construire, d'aménager ou de démolir ou la décision de non-opposition à une déclaration préalable peut être prorogé pour une année, sur demande de son bénéficiaire, si les prescriptions d'urbanisme et les servitudes administratives de tous ordres auxquelles est soumis le projet n'ont pas évolué de façon défavorable à son égard*».

validité, et ce, au regard des prescriptions de l'article R. 424-22 du Code de l'urbanisme⁴¹⁵. Lorsqu'elle est acquise, la prorogation prend effet au terme de la validité de la décision initiale⁴¹⁶

Il convient à présent de déterminer les conditions de réalisation de l'audit portant non plus sur l'autorisation de construire, mais sur celle d'exploiter.

§2 : La validité des autorisations d'exploiter

369. L'analyse de la validité des autorisations d'exploiter — Sur la base des pièces communiquées en data-room, les candidats vont apprécier la validité des autorisations d'exploitation commerciale. En ce sens, il faudra analyser les critères permettant de considérer celle-ci comme définitive, levant ainsi le risque de voir l'exploitation commerciale de l'immeuble remise en cause pour le futur (I). Par la suite, il nous appartiendra d'apprécier la mise en œuvre de ces autorisations (II) et rappeler leur délai de validité dans le cas où elle n'aurait pas encore été mise en œuvre (III).

I : Le caractère définitif des autorisations d'exploitation

370. La réalisation de l'audit en fonction de l'octroi d'une autorisation antérieurement ou postérieurement au décret du 24 novembre 2008 — Le caractère définitif de l'autorisation commerciale est tributaire d'une part de l'accomplissement de toutes les mesures de publicité imposées par le Code de commerce, et d'autre part de l'absence de recours ou de rejet par une décision devenue définitive. De façon liminaire, il conviendra d'exclure le cas du retrait de l'autorisation d'exploitation ainsi que celui du déféré préfectoral. En effet, hormis le cas où le retrait est demandé par le bénéficiaire, les commissions d'aménagement commercial, organes collégiaux soumis à des règles de convocation, ne

⁴¹⁵ Art. R. 424-22 du Code de l'urbanisme : « *La demande de prorogation est établie en deux exemplaires et adressée par pli recommandé ou déposée à la mairie deux mois au moins avant l'expiration du délai de validité* ».

⁴¹⁶ Voir en ce sens : art. R. 424-23 du Code de l'urbanisme : « *La prorogation est acquise au bénéficiaire du permis si aucune décision ne lui a été adressée dans le délai de deux mois suivant la date de l'avis de réception postal ou de la décharge de l'autorité compétente pour statuer sur la demande. La prorogation prend effet au terme de la validité de la décision initiale* ».

procèdent pas au retrait des autorisations qu'elles délivrent. En outre, aucun déféré préfectoral n'est envisageable à l'encontre des autorisations délivrées par ces commissions placées sous l'autorité préfectorale. Il conviendra ici de distinguer selon que l'autorisation a été délivrée avant (A) ou après (B) l'entrée en vigueur du décret du 24 novembre 2008 relatif à l'aménagement commercial.

A : Les autorisations délivrées avant l'entrée en vigueur du décret du 24 novembre 2008

371. L'appréciation du caractère définitif des autorisations antérieures à 1996

— Les décisions des commissions départementales d'urbanisme commercial (CDUC) puis des commissions d'équipement commercial (CDEC) étaient affichées pendant 2 mois à la porte de la mairie de la commune d'implantation et publiées dans deux journaux régionaux ou locaux diffusés dans le département⁴¹⁷. Avant 1996, le pétitionnaire victime d'un refus de la CDUC pouvait exercer un recours devant le ministre du Commerce et de l'Artisanat qui se prononçait sur le projet dans le délai de 3 mois après l'avis de la CNUC⁴¹⁸. Cette autorisation ministérielle faisait l'objet d'un affichage et d'une publication dans des conditions similaires à celles requises postérieurement à la délivrance de l'autorisation départementale⁴¹⁹. Elle pouvait être contestée par des tiers intéressés devant le Conseil d'État dans un délai de 2 mois à compter de la plus tardive mesure de publicité : le premier jour de la période des 2 mois d'affichage en mairie, ou à compter de la date de la seconde des publications⁴²⁰. En tout état de cause, les

⁴¹⁷ Voir en ce sens : art. 3 du décret n° 75-910 du 6 octobre 1975 modifiant le décret n° 74-63 du 28 janvier 1974 – Article 17 du décret n° 93-306 du 16 novembre 1993 relatif à l'autorisation d'implantation de certains magasins de commerce de détail, aux observatoires et aux commissions d'équipement commercial : « II. Cette décision doit : (...) Être, à l'initiative du préfet, affichée pendant deux mois à la porte de la mairie de la commune d'implantation (...). III. Le préfet doit, lorsque la décision accorde l'autorisation demandée, faire publier, aux frais du bénéficiaire, un extrait de cette décision dans deux journaux régionaux ou locaux diffusés dans le département (...) ».

⁴¹⁸ Voir en ce sens : Art. 32 de la loi n° 73-1193 du 27 décembre 1973 d'orientation du commerce et de l'artisanat dite loi Royer.

⁴¹⁹ Voir en ce sens : Art. 6 du décret n° 75-910 du 6 octobre 1975 modifiant le décret n° 74-63 du 28 janvier 1974.

⁴²⁰ Voir en ce sens : CE, 28 janvier 1998, « Association des commerçants, artisans et industriels du pays d'Argonne champenoise », req. n° 186124. Depuis la réforme de l'urbanisme commercial, le nouvel article R. 752-48 du Code de commerce reprend cette règle jurisprudentielle et prévoit que le délai de recours des tiers

autorisations de la CDUC régulièrement affichées et publiées sont définitives en présence d'une attestation de non-recours délivrée par le Préfet ou la CNAC. Il appartient donc au vendeur de communiquer cette attestation en data-room dans le but de certifier le caractère définitif de l'autorisation. Pour les décisions du ministre du Commerce régulièrement affichées et publiées, une attestation de non-recours délivrée par le Conseil d'État permet de justifier de ce caractère définitif et devra être transmise en data-room le cas échéant.

372. L'appréciation du caractère définitif des autorisations postérieures à 1996

— Il est possible pour le pétitionnaire de contester le refus d'une décision de la CDEC devant la CNEC. De la même manière que pour l'ancienne décision relevant du ministre, l'autorisation de la CNEC pouvait faire l'objet d'un recours en premier et dernier ressort devant le Conseil d'État, dans un délai de deux mois à compter de la plus tardive des mesures de publicité. L'autorisation de la CDEC pouvait faire l'objet d'une contestation de la part des tiers soit devant la CNEC, soit directement devant le juge administratif dans un délai de deux mois à compter de la plus tardive des mesures de publicité. Cette alternative procédurale n'était pas sans conséquence au regard des délais de recours. En effet, dès lors que celui-ci avait été porté devant la CNEC, la décision de cette dernière était elle-même susceptible d'un recours en premier et dernier ressort devant le Conseil d'État. En cas de recours direct devant le juge administratif, le tribunal administratif puis la cour administrative d'appel et enfin de la Conseil d'État étaient amenés à apprécier successivement la légalité de l'autorisation. Il en résulte que les autorisations émanant des CDEC régulièrement affichées et publiées sont définitives en présence d'une attestation de non-recours délivrée par le préfet, ou par la CNEC et le juge administratif. Il convient pour le vendeur de mettre cette attestation à disposition des candidats à l'acquisition en data-room afin qu'ils puissent apprécier le caractère définitif de l'autorisation. Les autorisations de la CNEC sont quant à elles définitives lorsqu'elles ont été régulièrement publiées et affichées, en présence d'une attestation de non-recours délivrée par le Conseil d'État. Cette dernière devra le cas échéant être produite en data-room.

court « si le recours est exercé contre une décision d'autorisation, à compter de la plus tardive des mesures de publicité prévues aux articles R. 752-25 et R. 752-26 ».

B : Les autorisations délivrées après l'entrée en vigueur du décret du 24 novembre 2008

373. L'appréciation du caractère définitif des autorisations délivrées postérieurement à l'entrée en vigueur du décret de 2008 — Depuis l'entrée en vigueur du décret du 24 novembre 2008, les décisions de la CDAC sont affichées pendant 1 mois à la porte de la mairie de la commune d'implantation. Elles font également l'objet d'une publication dans deux journaux régionaux ou locaux diffusés dans le département⁴²¹. Ainsi, le pétitionnaire ou les tiers disposent-ils désormais d'un délai de recours d'un mois devant la CNAC, à compter de la plus tardive des mesures de publicité⁴²². Notons qu'il s'agit d'un recours administratif préalable obligatoire. À l'expiration de ce délai et en l'absence de recours, l'autorisation obtenue acquiert un caractère définitif. *A contrario*, l'omission ou l'insuffisance de l'une des formalités de publicité prescrites empêche le délai de recours de courir à l'égard des tiers et bloque la décision le caractère définitif de la décision. En cas de recours, la décision de la CNAC est publiée dans les mêmes conditions que celles prescrites au titre des CDAC⁴²³ : celle-ci peut faire l'objet d'un recours en premier et dernier ressort devant le Conseil d'État⁴²⁴ dans un délai de 2 mois à compter de la plus tardive des mesures de publicité⁴²⁵. Au vu de ces éléments, les autorisations émanant de la CDAC ayant fait l'objet d'un affichage régulier et d'une publication deviennent définitives en présence d'une attestation de non-recours délivrée soit par le préfet, soit par la CNAC. Les autorisations de la CNAC régulièrement affichées et publiées sont définitives en présence d'une attestation de non-recours délivrée par le Conseil d'État. Comme nous avons pu le voir précédemment, il appartiendra au vendeur de fournir ces pièces aux candidats potentiels par le biais de la data-room.

⁴²¹ Voir en ce sens : Art. R. 752-25 et R. 752-26 du Code de commerce.

⁴²² Voir en ce sens : Art. R. 752-48 du Code de commerce.

⁴²³ Voir en ce sens : Art. R. 752-52 du Code de commerce.

⁴²⁴ Voir en ce sens : Art. R. 311-1 du Code de justice administrative.

⁴²⁵ Voir en ce sens : CE, 16 mai 2011, « Association en toute franchise des Bouches-du-Rhône et autres », req. n° 336227.

II : La conformité de l'exploitation de l'immeuble au regard des autorisations obtenues

374. Le périmètre d'audit permettant de déterminer la conformité de l'exploitation au regard des autorisations obtenues — La *due diligence* mise en œuvre par les candidats-acquéreurs déterminera si l'exploitation de l'immeuble commercial est régulière en considération des autorisations d'exploitation obtenues. Pour ce faire, il convient de comparer les surfaces de vente autorisées avec celles qui ont été relevées par le géomètre (**A**). Elle aura également pour objectif de vérifier si les droits d'exploitation ne sont pas devenus caducs (**B**), si l'autorisation d'exploitation n'a pas fait l'objet d'une cession (**C**) et si aucune nouvelle opération soumise à autorisation n'a été réalisée sans autorisation (**D**).

A : La comparaison des surfaces

375. La mise en œuvre des autorisations d'exploitation commerciale — Afin de déterminer si l'immeuble commercial est régulièrement exploité en considération des autorisations d'exploitation, il convient de comparer la surface de vente réellement exploitée à celle ayant fait l'objet d'une autorisation. La surface de vente s'entend des « *espaces affectés à la circulation de la clientèle pour effectuer ses achats, de ceux affectés à l'exposition des marchandises proposées à la vente, à leur paiement, et de ceux affectés à la circulation du personnel pour présenter les marchandises à la vente* »⁴²⁶. Il convient donc d'exclure tous les espaces de réserves inaccessibles au public ainsi que le « *mail* » pour le cas où l'immeuble dont la cession est projetée est un centre commercial, sous réserve qu'aucune marchandise n'y soit exposée. Si le Code de commerce ne définit pas la notion de commerce de détail, cette notion s'entend selon la circulaire du 16 janvier 1997⁴²⁷ : il s'agit de tout magasin où s'effectue la vente de marchandise à des consommateurs pour un usage domestique. De plus, le Conseil d'État assimile au commerce de détail les activités de production ou de service à caractère

⁴²⁶ Art. 3 de la loi n° 72-657 du 13 juillet 1972 instituant des mesures en faveur de certaines catégories de commerçants et artisans âgés.

⁴²⁷ Celle-ci, bien qu'implicitement abrogée puisque portant sur la loi Royer / Raffarin antérieure à la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 réformant l'urbanisme, garde tout son intérêt dès lors que ladite loi n'a pas modifié la notion de commerce de détail.

artisanal⁴²⁸. Lors de la réalisation de l'audit diligenté par les acquéreurs potentiels, il convient de s'assurer que le relevé géomètre ne comptabilise aucun commerce exclu du champ d'application de la loi et à l'inverse qu'il n'exclut aucune des surfaces de vente à prendre en compte. En cas d'exploitation irrégulière d'une surface commerciale, l'exploitant risquera la fermeture administrative de la surface indument exploitée. Au regard de la pérennité du modèle économique sur la base duquel les candidats à l'acquisition proposent une offre ferme d'achat, il est fondamental de s'assurer qu'il n'est pas exploité dans une surface commerciale supérieure à celle autorisée.

B : L'absence de caducité des droits obtenus au titre des autorisations d'exploitation

376. Les conditions permettant de déterminer l'absence de caducité des droits obtenus au titre des autorisations d'exploitation — L'exploitation du centre pourra être considérée comme régulière dès lors que les droits obtenus ne sont pas devenus caducs. En ce sens, l'article L. 752-1 6° du Code de commerce soumet à autorisation « *la réouverture au public, sur le même emplacement, d'un magasin de commerce de détail d'une surface de vente supérieure à 1000 m dont les locaux ont cessé d'être exploités pendant 3 ans, ce délai ne courant en cas de procédure de redressement judiciaire de l'exploitant, que du jour où le propriétaire a recouvré la pleine et entière disposition des locaux* ». Il résulte de cette disposition qu'une surface de vente supérieure à 1000 m dont l'exploitation a été interrompue pendant une période de 3 ans doit faire l'objet d'une nouvelle autorisation d'exploitation commerciale préalablement à sa réouverture sur le même emplacement⁴²⁹. La question de la péremption des surfaces de vente de moins de 1000 m situées dans un ensemble commercial de plus de 1000 m en cas de non-exploitation pendant une durée supérieure à 3 ans est délicate. Le juge administratif n'a jamais été amené à se prononcer sur ce type de litige. Cependant, dans un avis de la section des Finances du 8 novembre 1994, le Conseil d'État a précisé que : « *Dans un ensemble commercial tel qu'il est défini par l'article 29-1 de la loi du*

⁴²⁸ Voir en ce sens : CE, 30 septembre 1987, « SA Scaex interrégion parisienne », req. n° 76268, rec. CE 1987 et CE, 24 juin 1991, « Société Scaex inter Provence Cote d'Azur », req. n° 117736.

⁴²⁹ Cette notion de « même emplacement » s'entend de celle de « site » et n'est pas limitée à la seule ancienne emprise des locaux inexploités. Voir en ce sens : P. LETANG « Transfert et déplacement de surfaces de vente », *Chronique le Moniteur, Code pratique de l'Urbanisme n° 3*, septembre 2000.

27 décembre 1973, la disposition ci-dessus rappelée de l'article 39 du décret du 9 mars 1993 doit s'appliquer séparément pour chacun des magasins de commerce de détail qui font partie de l'ensemble commercial. Par suite lorsque l'un de ces magasins est resté inexploité pendant au moins 2 ans, sa réouverture au public nécessite une autorisation dès lors que l'ensemble commercial atteint les seuils de superficie prévus par le 1° de l'article 29 de la loi du 27 décembre 1973». Un auteur a pu en conclure que « pour les ensembles commerciaux, le raisonnement suivi par le Conseil d'État dans son avis de 1994 semble conserver sa pertinence. Toutefois, la loi fixant à 300 m le seuil à partir duquel la réouverture d'un magasin fermé depuis plus de 2 ans nécessite une autorisation, seuls les magasins dont la surface de vente atteint ce seuil y compris lorsqu'ils sont situés dans un ensemble commercial sont concernés »⁴³⁰. Cette position ne semble cependant pas retranscrire la position du Conseil d'État : en effet, un autre auteur considère pour sa part que « l'inexploitation d'une surface de vente dans un ensemble commercial, quelle que soit la superficie considérée, réduit d'autant la surface globale de l'ensemble commercial de sorte que la réouverture au même emplacement aurait nécessairement pour effet, une fois le délai de trois années écoulé, d'étendre l'ensemble commercial. Cette extension est alors soumise à une autorisation d'exploitation commerciale nouvelle. Il ne convient donc pas de tenir compte de la surface prévue au 6° du I de l'article L. 752-1, mais bien du changement de surface globale de l'ensemble commercial »⁴³¹. Cette position paraît la plus logique dès lors qu'il résulte des termes de l'article L. 752-1 5° du Code de commerce que l'extension d'un ensemble commercial de plus de 1000 m nécessite, dès le premier mètre carré de surface de vente créée, une autorisation d'exploitation commerciale. Ainsi, la réouverture au public d'un magasin situé dans un ensemble commercial de plus de 1000 m resté inexploité pendant une durée de trois ans nécessite une nouvelle autorisation, quelle que soit la surface de vente créée. En ce sens, l'exploitation de l'immeuble commercial serait irrégulière si certaines surfaces de vente avaient été rouvertes au public sans nouvelles autorisations après une fermeture supérieure à 3 ans.

⁴³⁰ J-A. FRESNEAU et R. SCHWARTZ, *Guide juridique et pratique de l'immobilier commercial*, EFE 3^{ème} éd. p. 69.

⁴³¹ P. LETANG, *Urbanisme commercial*, 3^{ème} éd. p. 80.

C : L'absence de cession des droits obtenus au titre des autorisations d'exploitation commerciale

377. L'existence d'une identité de pétitionnaire au regard de l'autorisation de construire et de l'autorisation d'exploiter — L'exploitation de l'immeuble commercial ne pourra être considérée comme régulière qu'à la condition que les droits obtenus au titre de l'autorisation commerciale n'aient pas fait l'objet d'une cession, et qu'il existe en ce sens une identité des pétitionnaires de la CDAC et du permis de construire. En effet, en considération des dispositions de l'article L. 752-15 alinéa 4 du Code de commerce, « *l'autorisation requise pour la création de magasin de commerce de détail n'est ni cessible ni transmissible* ». L'article L. 752-14 du même code précise quant à lui que « *l'autorisation d'aménagement cinématographique requise n'est cessible ni transmissible tant que la mise en exploitation de l'établissement de spectacle cinématographique n'est pas intervenue* ». Le juge administratif a déduit de la lecture de ces articles que le permis de construire ne pouvait être transféré qu'au bénéficiaire de l'autorisation d'exploitation. Ce principe ressort explicitement d'un jugement rendu par le tribunal administratif de Poitiers le 31 mars 1982⁴³² et la jurisprudence n'a jamais infirmé sa solution. C'est ainsi qu'une circulaire du 20 mars 1993⁴³³ indique qu'« *il importe de vérifier que la demande de permis de construire consécutive à une autorisation d'urbanisme commercial émane du ou des bénéficiaires de l'autorisation* ». Plus récemment, à l'occasion d'une demande d'annulation d'un arrêté refusant le transfert d'un permis de construire, le

⁴³² TA Poitiers, 31 mars 1982, « Fédération des associations commerciales de Charente et autres », req. n° 97-2446. Rec. CE. 1982, p. 479 : « *Si en règle générale, le permis de construire n'est pas délivré en considération de la personne qui en devient titulaire et peut être transféré à un autre bénéficiaire remplissant les conditions fixées par le Code de l'urbanisme et notamment son article R. 421-1, il résulte des articles 28, 29 et 32 de la loi n° 73-1193 du 27 décembre 1973 d'orientation du commerce et de l'artisanat que le permis de construire ne peut être délivré ou transféré qu'à une personne justifiant de l'autorisation préalable prévue par l'article 29 de la loi précitée. Par la suite, et même si la société X, titulaire d'une autorisation de la commission départementale d'urbanisme commercial, doit demeurer le futur exploitant d'un centre commercial, le préfet ne pouvait légalement transférer à la société Y qui n'est pas titulaire d'une autorisation préalable, le permis de construire délivré à la société X* ».

⁴³³ Voir en ce sens : Moniteur TP, 9 avril 1993. Bien qu'abrogée aujourd'hui, cette circulaire conserve toutefois sa pertinence dans la mesure où l'incessibilité des autorisations d'exploitation n'a pas été modifiée par la loi depuis.

Tribunal administratif de Lille⁴³⁴ a jugé que la délivrance de cette autorisation et éventuellement son transfert doivent être refusés ou annulés dès lors que le demandeur n'en est pas le bénéficiaire. Lors de l'audit réalisé par les candidats à l'acquisition sur la base des documents fournis en data-room, il appartiendra à ces acteurs de vérifier que les permis de construire attachés aux autorisations d'exploitation commerciale ont effectivement été délivrés au même pétitionnaire.

D : Le défaut d'exigence de nouvelles autorisations avant et après l'ouverture de l'immeuble commercial au public

378. L'absence de requête d'une nouvelle autorisation avant l'ouverture au public — Pour la période antérieure à l'ouverture, il convient de se reporter aux dispositions de l'article L. 752-15 alinéa 3 du Code de commerce disposant qu'« *une nouvelle demande est nécessaire lorsque le projet, en cours d'instruction ou dans sa réalisation, subit des modifications substantielles dans la nature du commerce ou des surfaces de vente. Il en est de même en cas de modification de la ou des enseignes désignées par le pétitionnaire* ». Ainsi convient-il d'appréhender comme irrégulière l'exploitation de l'immeuble commercial, s'il a été procédé à une modification substantielle des surfaces de vente ou de la nature des commerces autorisés antérieurement à l'ouverture ; ou encore à un changement d'enseigne dénoncé sans nouvelle autorisation. Le candidat à l'acquisition devra s'assurer du respect de ces prescriptions, notamment au regard des plans cotés transmis à la Préfecture 8 jours avant l'ouverture de l'immeuble au public.

⁴³⁴ Voir en ce sens : TA, Lille, 6 juillet 1999, « Société LIDL c/ commune de Dunkerque », req. n° 97-2446. « *Considérant que si en règle générale, le permis de construire n'est pas délivré en considération de la personne qui en devient titulaire et peut être transférée à un autre bénéficiaire remplissant les conditions fixées par le Code de l'urbanisme, il résulte des dispositions de la loi du 27 décembre 1973 susvisée dans sa rédaction en vigueur à la date de la décision contestée que le permis de construire ne peut être délivré ou transféré qu'à une personne justifiant de l'autorisation préalable prévue par l'article 29 de la loi précitée. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que la société LIDL a demandé le 7 avril 1997, le transfert à son profit du permis de construire délivré le 3 avril 1996 à la société GNC Holding ; qu'en vertu des dispositions sus rappelées, le transfert de permis de construire ne pouvait être accordé que si la société LIDL était titulaire d'une autorisation délivrée par la Commission départementale d'équipement commercial du Nord ; qu'il est constant que la société LIDL n'était pas titulaire de cette autorisation, que l'autorité administrative était donc tenue de rejeter la demande (...)* ».

379. L'absence de requête d'une nouvelle autorisation postérieurement à l'ouverture au public — L'article L.752-1 du Code de commerce soumet à autorisation « (...) 3° *Tout changement de secteur d'activité d'un commerce d'une surface de vente supérieure à 2000 mètres carrés. Ce seuil est ramené à 1000 mètres carrés lorsque l'activité nouvelle du magasin est à prédominance alimentaire ;*
5° *L'extension de la surface de vente d'un ensemble commercial ayant déjà atteint le seuil des 1000 mètres carrés ou devant le dépasser par la réalisation du projet (...)* ».

L'article L. 752-1 I du même code dispose pour sa part que « *les regroupements de surfaces de ventes de magasins voisins, sans création de surfaces supplémentaires, n'excédant pas 2500 mètres carrés, ou 1000 mètres carrés lorsque l'activité nouvelle est à prédominance alimentaire, ne sont pas soumis à une autorisation d'exploitation commerciale* ». En conséquence de quoi l'exploitation de l'immeuble commercial est irrégulière s'il a été procédé (postérieurement à l'ouverture) à un changement de secteur d'activité sur plus de 2000 m de surface de vente ou 1000 m pour une surface alimentaire, à une extension de la surface de vente totale autorisée sur le centre ou encore à un regroupement de magasins voisins sur plus de 2500 m de surface de vente sans nouvelle autorisation. S'agissant du changement de secteur d'activité et du regroupement de magasins voisins, la loi de modernisation de l'économie entrée en vigueur le 28 novembre 2008 a augmenté les seuils initialement prévus. Pour rappel, avant cette réforme était soumis à autorisation tout changement de secteur d'activité d'un commerce d'une surface de vente supérieure à 2000 m. Cette limite a été ramenée à 300 m lorsque l'activité nouvelle du magasin était à prédominance alimentaire.

Dans le cadre de la réalisation des « due diligence » effectuées par les candidats à l'acquisition, il est difficile de connaître la date de réalisation de telles opérations. En pratique, l'analyse se cantonne à apprécier qu'aucune opération dépassant les seuils actuellement prévus par le Code de commerce n'a été réalisée sans autorisation nouvelle. En dernier lieu, il nous faut mentionner la possibilité de déplacer des surfaces de vente autorisées postérieurement à l'ouverture. Cela consiste à « *transférer une activité commerciale sur un même ensemble commercial* »⁴³⁵ sans que cette opération n'entraîne une modification quantitative des surfaces de vente autorisées. Une telle opération s'analyse comme une simple modification dans la

⁴³⁵ Voir en ce sens : P. LETANG « Transfert et déplacement de surface de vente », *Chronique le Moniteur, Code Pratique de l'Urbanisme n° 3*, septembre 2000.

répartition des surfaces de vente autorisées au sein d'un immeuble commercial après ouverture au public. Elle ne constitue ni une création ni une extension soumise à autorisation en application de l'article L. 752-1 du Code de commerce. Il convient donc de considérer, qu'un tel déplacement de surface de vente après ouverture ne constitue pas une modification substantielle : il porte en effet sur une faible partie du projet et ne conduit à aucune extension de la surface de vente totale ni à aucun changement de secteur d'activité ou regroupement de magasins voisins soumis à autorisation. Lors de l'audit, il convient de s'assurer (de la même façon que ce qui a été développé précédemment), sur la base du relevé effectué par le géomètre, qu'aucune de ces opérations n'a eu lieu sans autorisation.

III : Le délai de validité des autorisations n'ayant pas encore été mises en œuvre

380. Le délai de mise en œuvre des autorisations d'exploiter — En considération de l'article R. 752-27 alinéa 5 du Code de commerce, les autorisations d'exploitation ne nécessitant pas de permis sont périmées à l'expiration d'un délai de 3 ans à défaut d'ouverture des surfaces de vente au public ou de mise en exploitation de l'établissement cinématographique. Ainsi, les autorisations nécessitant un permis devront-elles être considérées comme périmées si aucune demande de permis complète n'a été déposée dans un délai de 2 ans à compter de la notification de l'autorisation ; puis si les surface de vente ne sont pas ouverte ou le cinéma mis en exploitation dans les 3 ans du permis définitif, ou encore dans les 5 ans pour les projets commerciaux d'une surface de vente supérieure à 6000 m². Enfin, l'article 2 du décret n° 2010-403 du 23 avril 2010 proroge provisoirement le délai de validité des autorisations d'exploitation commerciale et des autorisations prévues à l'article L. 212-7 du Code du cinéma et de l'image animée. Celui-ci prévoit un délai de validité de 6 ans (et non de trois) pour les autorisations en cours de validité au 23 avril 2010 et pour toutes les autorisations délivrées entre le 23 avril 2010 et le 31 décembre 2011. Toutefois, ce décret ne remet pas en cause la majoration des deux ans prévue à l'alinéa 5 de l'article R. 752-27 du Code de commerce. Ainsi, pour les projets de plus de 6000 m de surface de vente, le délai de 6 ans est-il majoré de 2 ans, passant donc à 8 ans.

Après avoir pris connaissance des risques inhérents aux autorisations tant de construire que d'exploiter, il nous appartient à présent d'analyser le déroulement d'un audit portant sur les risques financiers liés à la réalisation de l'opération de cession-acquisition.

Section 2 : L'analyse de la situation locative

381. La maîtrise du risque procédant de l'analyse de la situation locative —

Longtemps analysé sous une dimension uniquement patrimoniale, l'immobilier a accédé au statut de classe d'actif au même titre que les actions et les obligations requérant la mise en place de procédures d'optimisation économique poussées. Comme nous l'avons vu antérieurement, plusieurs éléments expliquent ce phénomène, notamment l'arrivée massive de liquidités dans le courant des années 1990 sur les marchés de l'investissement immobilier ou encore le potentiel de diversification très intéressant de cette catégorie d'actifs⁴³⁶. Ainsi, du fait de son analogie avec les classes d'actifs traditionnelles, l'immeuble a-t-il été soumis à de nouvelles méthodologies d'évaluation basées sur le revenu. Ces dernières ont permis d'en déterminer la valeur vénale⁴³⁷ et ont été appliquées lors de la procédure de data-room afin de fixer son prix d'acquisition.

Le risque afférent à la situation locative doit être compris comme une mauvaise évaluation du prix d'acquisition de l'immeuble par le candidat sur la base des éléments transmis lors de la data-room en phase d'audit. Cette erreur peut procéder soit d'un défaut de contrôle de la véracité des informations permettant la détermination du revenu produit par l'immeuble, soit d'une erreur procédant d'une mauvaise application des méthodes par le revenu permettant de le déterminer. Partant, il nous faudra voir dans un premier temps comment les candidats à l'acquisition se doivent d'exploiter les données relatives à la situation locative de l'immeuble transmises par le vendeur et d'en apprécier la teneur (§1), dès lors qu'elles constituent la matière première sans laquelle il est impossible pour eux de réaliser un modèle économique d'acquisition qu'il nous faudra présenter (§2).

⁴³⁶ Voir en ce sens : A. SIMON et R. MALE, *Introduction à la finance et à l'économie de l'immobilier*, Gestion Poche, éd. Economica, Paris, 2009, p. 5 et s.

⁴³⁷ Voir en ce sens : Charte de l'expertise en évaluation immobilière, 4^{ème} éd., Paris, 2012, « *La valeur vénale est la somme d'argent estimée contre laquelle des biens et des droits immobiliers seraient échangés à la date de l'évaluation entre un acheteur consentant et un vendeur consentant, dans une transaction équilibrée, après une commercialisation adéquate, et où les parties ont, l'une et l'autre, agi en toute connaissance, prudemment et sans pression* ».

§1 : Le contrôle des éléments afférents à la situation locative

382. Le périmètre de l'audit portant sur la détermination du revenu de l'immeuble — L'estimation de l'immeuble par le biais de méthodes liées au revenu impose pour le candidat à l'acquisition de déterminer très exactement les flux financiers (loyers et charges) qui lui sont afférents. Les documents organisant les conditions de captation de ce revenu sont les baux commerciaux et leurs éventuels avenants. Ils précisent tant les modalités de perceptions du loyer, contrepartie de la jouissance du local commercial, que la répartition des charges entre le bailleur et le preneur. Ainsi, la maîtrise du risque afférent à la situation locative passe-t-elle dans un premier temps par une analyse des baux et de toutes les conditions locatives qu'ils stipulent à la charge des parties. Puis dans un second temps, par l'analyse de la répartition des charges entre le bailleur et ses locataires, au regard de ces documents. Partant, le périmètre de l'audit relatif à la détermination du revenu de l'immeuble portera sur le contrôle des éléments du bail afférents aux loyers (**I**) et sur la revue des charges visant à déterminer leur répartition (**II**).

I : Les procédures de contrôle des conditions juridiques de perception des loyers

383. Les différents éléments du contrôle de la situation locative — La détermination du revenu de l'immeuble passe nécessairement par un contrôle des différents éléments du loyer perçu par le propriétaire-bailleur. Leur appréciation résulte d'une analyse des baux commerciaux. En ce sens, il incombe aux candidats à l'acquisition de vérifier d'une part la correcte facturation par le propriétaire-bailleur des loyers de base qui peuvent avoir fait l'objet d'aménagements locatifs (**A**), et d'autre part de prendre connaissance des éventuels compléments de loyer adjoints au loyer de base (**B**).

A : Les loyers de base

384. Les éléments du loyer de base faisant l'objet du contrôle — Le montant des loyers commerciaux n'a pas eu d'encadrement législatif ou réglementaire. Il incombe donc aux parties de le déterminer librement au regard du jeu de l'offre et de la demande, dont la

rencontre sera de nature à former le loyer initial. Toutefois, ce loyer de base n'est pas immuable : il est amené à fluctuer durant la durée du bail au regard de deux éléments. Le premier est impératif et correspond à une indexation systématique au regard d'un indice librement choisi par les parties, permettant de refléter l'évolution de la valeur de jouissance du local commercial dans le temps (1). Le second est facultatif et résulte de la volonté des parties qui, à l'occasion de la négociation du bail, ont pu prévoir la soumission de ce loyer de base à des paliers et franchises de loyers, conditionnant le paiement de la totalité de son montant à l'écoulement d'une certaine période (2).

1 : L'indexation des baux commerciaux

385. La validité de l'indexation du bail au regard de l'indice choisi — La clause d'indexation peut se définir comme étant la « *clause d'une convention à exécution successive qui permet de modifier au moment des paiements la somme portée sur le titre en fonction d'un indice économique ou financier*⁴³⁸ ». Ainsi, chaque année, le loyer de base du bail commercial est-il révisé en application d'un indice librement choisi par les parties lors de la négociation. La correcte détermination du revenu de l'immeuble passe par un contrôle de leur indexation.

Cependant, si l'article L. 112-1 du Code monétaire et financier n'interdit pas la prise en considération d'un indice de base fixe, il y apporte cependant une limite en précisant qu'« *est réputée non écrite toute clause d'un contrat à exécution successive et notamment dans les baux et locations de toute nature, prévoyant la prise en compte d'une période de variation de l'indice supérieure à la durée s'écoulant entre chaque révision*».

Sur ce fondement, le Tribunal de Grande Instance de Paris a initié un mouvement jurisprudentiel par un arrêt en date du 5 janvier 2010⁴³⁹, visant à réputer non écrite toute clause d'indexation comportant un indice qui serait basé sur une méthode de calcul consistant en une division entre l'indice applicable au jour de la révision et celui ayant servi au calcul du loyer en cours. Par la suite et au terme de trois arrêts rendus en avril 2012⁴⁴⁰, la Cour d'Appel de Paris est revenue sur cette solution motivée par le rétablissement de la logique économique de

⁴³⁸ Voir en ce sens : Dictionnaire juridique, *Droit pratique. fr.*

⁴³⁹ Voir en ce sens : TGI Paris, chambre 18, section 1, 5 janvier 2010, n° RG 10/02349.

⁴⁴⁰ Voir en ce sens : CA Paris, Pole 5, Chambre 3, 4 avril 2012, n° RG 10/13623 ; CA Paris, Pole 5, Chambre 3, 11 avril 2012, n° RG 2009/24676.

l'article L. 112-1 du code précité. Elle confirme ainsi que si l'article L. 112-1 requiert que la période de variation de l'indice soit toujours égale à la période d'indexation, il n'a en revanche pas vocation à interdire la stipulation d'un indice de variation fixe. La Cour d'Appel de Paris a motivé son arrêt par l'absence de distorsion « *entre la période de variation de l'indice et la durée s'écoulant entre deux révisions quand la première est supérieure à la seconde* »⁴⁴¹. En effet, la Cour a estimé que la clause à indice de base fixe était valable si la vie du bail n'était affectée d'aucun évènement affectant le loyer. Elle a ajouté qu' « *en présence d'une modification du prix du loyer, les parties doivent adapter le contrat en prévoyant la référence à un nouvel indice de base ou de référence de façon à éviter toute distorsion prohibée par l'article L112-1 du Code monétaire et financier* »⁴⁴². En tout état de cause, cette jurisprudence invite les rédacteurs ayant fait le choix d'un indice de base fixe à faire preuve de précision dans la rédaction de la clause d'indexation, mais aussi de vigilance lors de la rédaction de tout avenant modifiant le loyer. Pour autant, ces arrêts ne mettent pas définitivement fin au débat sur la validité des clauses d'indexation. En effet, il appartiendra à la Cour de Cassation de confirmer l'approche de la Cour d'Appel de Paris. De plus, il restera à résoudre le sort des clauses prévoyant une indexation uniquement à la hausse. Or, sans être interpellée sur cette question précise, la Cour d'Appel de Paris semble clairement se prononcer en défaveur de telles clauses dans son arrêt du 11 avril 2012.

Il incombera donc aux acquéreurs potentiels de vérifier d'une part la validité de la clause d'indexation au regard de cette jurisprudence. Dans le cas contraire, et à défaut de stipulations spécifiques propres à garantir l'acquéreur contre une mauvaise quittance des loyers passés, le preneur sera fondé à lui demander le remboursement du trop-perçu procédant du choix d'un indice illégal. L'acquéreur devra également s'assurer que l'indexation prévue au bail a été correctement mise en œuvre par le bailleur tout au long de la vie du contrat, notamment en cas de changement d'indice par avenant. Cette problématique trouve un écho particulier au regard de l'immobilier commercial, dans la mesure où suite à la création de l'indice ILC⁴⁴³ (Indice des Loyers Commerciaux), les bailleurs ont pu proposer à leurs

⁴⁴¹ *Ibidem.*

⁴⁴² *Ibidem.*

⁴⁴³ Voir en ce sens : Site internet de l'INSEE définissant l'ILC : *Créé par la loi (n°2008-776) du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, l'indice des loyers commerciaux (ILC) s'applique pour les baux conclus avec des locataires commerçants inscrits au registre du commerce et des sociétés (RCS) ou des artisans enregistrés au répertoire des métiers (RM). Un décret du 4 novembre 2008 décrit la méthode de calcul ainsi que les activités*

locataires de substituer cet indice à l'ICC⁴⁴⁴ (Indice du coût de la construction). Cette mesure de changement était favorable aux locataires, dès lors que l'évolution de l'ILC était moins forte que pour l'ICC. Il convient néanmoins de s'assurer que les baux indexés à l'ILC ont bien fait l'objet d'un avenant modificatif actant de ce changement d'indice, sans quoi toute indexation réalisée depuis la substitution serait irrégulière puisque le bail serait toujours indexé en fonction de l'ICC.

2 : Les paliers et franchises de loyer

386. Des différentes situations auxquelles renvoie la notion de « palier de loyer »

— Le terme de loyers « à paliers » peut recouvrir plusieurs situations. Il peut s'agir en premier lieu d'une remise totale de loyer par les parties pendant une période déterminée et comptabilisée en trimestres. Cette situation est alors analogue à celle prévue pour les franchises de loyers, lesquelles correspondent à la période durant laquelle le preneur à bail rentré en jouissance du local sera dispensé du paiement de sa contrepartie (à savoir le loyer) pendant une durée contractuellement définie. La convention doit cependant préciser si pour ce laps de temps l'occupation est consentie de façon purement gracieuse, ou s'il appartient au preneur de payer les charges afférentes au local.

pouvant y avoir recours. L'ILC est constitué de la somme pondérée d'indices représentatifs de l'évolution des prix à la consommation (pour 50 %), de celle des prix de la construction neuve (pour 25 %) et de celle du chiffre d'affaires du commerce de détail en valeur (pour 25 %). Il est calculé et publié trimestriellement par l'INSEE».

⁴⁴⁴ Voir en ce sens : site internet de l'INSEE définissant l'ICC : « *L'indice du coût de la construction (ICC) est un indice trimestriel, référence 100 au quatrième trimestre 1953, date de sa création. L'ICC mesure l'évolution du prix de construction des bâtiments neufs à usage principal d'habitation non communautaire en France métropolitaine. Il est publié au Journal Officiel vers le milieu du quatrième mois suivant le trimestre sous revue. Il est calculé par l'Insee en collaboration avec le ministère de l'Écologie, de l'Énergie, du Développement durable et de la Mer. Bien que consacrée par l'usage, la dénomination « indice du coût de la construction » est impropre puisque c'est un indice de prix, fondé sur l'observation des marchés de construction conclus entre les maîtres d'ouvrage et les entreprises assurant les travaux de bâtiment, à l'exclusion des autres composantes qui entrent dans le prix de revient des logements (charge foncière, frais annexes de promotion, frais financiers, etc.). Le coût de la construction proprement dit est appréhendé par d'autres indicateurs, notamment les « index BT » calculés mensuellement par le ministère de l'Écologie, de l'Énergie, du Développement durable et de la Mer en collaboration avec la Fédération française du bâtiment».*

D'autre part, il est possible pour le bailleur de consentir au preneur de véritables paliers de loyer pour une période définie, qui sera souvent la première période triennale du bail. À titre d'exemple pour illustrer ce mécanisme, prenons pour base que le bail prévoit un loyer initial de 100. Les parties pourront en ce sens prévoir un loyer sera de 80 lors de la première année, un loyer de 90 lors de la deuxième et enfin un de 100 lors de la troisième. L'acte fixera de préférence le loyer qui servira de référence pour les révisions futures, et indiquera que ce loyer de base sera réduit pour la première année à un certain montant payable par le locataire ; puis pour la deuxième année à un autre montant et ainsi de suite. Dans notre exemple, le loyer initial serait de 100, subissant une réduction de 20 pour la première année et de 10 pour la seconde. De plus, le contrat de bail précisera que le loyer initial servira de référence pour le renouvellement du bail, sans que les réductions consenties en cours de bail soient prise en compte.

Il appartient donc aux candidats à l'acquisition de s'assurer d'une part de l'existence de ces franchises ou paliers de loyers dans les contrats de bail, et d'autre part de vérifier que ceux-ci ont été correctement mise en œuvre.

B : Les loyers variables

387. La notion de loyers variables — Les parties ont la faculté de stipuler dans le contrat de bail que le loyer pourra être constitué d'un loyer de base auquel viendra s'adjoindre un loyer variable fonction du chiffre d'affaires réalisé par le preneur. Il est possible d'envisager ce loyer variable dans de multiples déclinaisons. Les clauses les plus courantes sont dites « clause de loyer variable additionnel ». Elles combinent une partie du montant total du loyer sur un loyer fixe indexé sur l'ICC ou l'ILC et une partie calculée sur le chiffre d'affaires du preneur. Il peut s'agir du chiffre d'affaires total ou seulement de la tranche du chiffre d'affaires dépassant le montant permettant de faire jouer la clause « recette » qui viendra s'additionner au loyer minimum fixé. Dans tous les cas, le locataire forfaitise tout ou partie des charges de loyer en les faisant varier selon l'évolution de son chiffre d'affaires. Il résulte de ce montage essentiellement utilisé dans les centres commerciaux, que la clause recette permet au bailleur de faire varier le montant du loyer en fonction du chiffre d'affaires du preneur et donc d'indexer le montant total du loyer sur les performances des preneurs.

388. Les modalités de contrôle des loyers variables — Il appartient aux candidats à l'acquisition, assistés de leur conseil, de recalculer les loyers variables sur la base des clauses « recette » prévues dans les baux ou dans d'éventuels avenants. Pour ce faire, ils devront contrôler les chiffres d'affaires figurant dans les attestations que le vendeur se doit de leur transmettre par le biais de la data-room. Une fois cette opération de vérification effectuée, il faudra comparer ces résultats aux montants réellement facturés aux locataires afin d'identifier d'éventuels écarts. Toujours en considération de la logique financière utilisée pour déterminer la valeur d'acquisition de l'immeuble, il s'agit de s'assurer de la véracité et de la pertinence du revenu. En effet, les candidats potentiels voudront s'assurer d'avoir les bons montants de loyer qui permettent d'affiner au mieux la valeur d'acquisition par l'élaboration du modèle économique d'acquisition basé sur le revenu.

II : Les procédures de contrôle portant sur les charges locatives

389. La notion de charge locative — Pour le preneur, la mise à disposition d'un local commercial au titre du bail induit l'obligation de payer les charges qui y sont afférentes en surcroît du loyer. Ces charges locatives parfois appelées par la pratique « provisions sur charges » se subdivisent en deux catégories : il existe d'abord les charges privatives et ensuite les charges communes. Les premières ont vocation à recouvrir les frais de service liés à l'usage de l'immeuble, tels que la consommation d'eau et d'énergie, le gardiennage, le chauffage collectif ou encore l'entretien des ascenseurs. Les secondes couvrent quant à elles les taxes locatives et les frais d'entretien et de réparation des parties communes. Dans un immeuble commercial, les postes de charge sont les suivants en règle générale : le privatif est composé de la consommation d'eau, des frais liés à l'enlèvement des déchets ainsi que des charges d'électricité. Le commun concerne pour sa part les dépenses de nettoyage, de surveillance du site, de fonctionnement général (c'est-à-dire les charges d'assurance et celles relatives à l'administration du centre); les charges liées à l'État et aux collectivités, comprenant les différentes taxes ; et enfin les honoraires de gestion et les dépenses prévues au titre des gros travaux.

390. La possibilité de refacturer intégralement les charges — La loi du 10 juillet 1965 fixe le statut des baux d'habitation, lequel interdit la refacturation au locataire d'un certain nombre de postes de charge et notamment ceux au titre des articles 605⁴⁴⁵ et 606⁴⁴⁶ du Code civil. Au contraire, les baux commerciaux n'interdisent pas de refacturer l'ensemble des charges afférentes au local, comprenant tant les charges privatives que les charges communes aux preneurs. Ainsi, la question des charges lors de la signature et du renouvellement des baux commerciaux donne-t-elle lieu à d'âpres négociations entre bailleur et preneur. A notre sens, il procède de l'équilibre normal du contrat de bail que les locataires soient amenés à régler ces charges locatives. En effet, le preneur jouit d'un local dans lequel il exploite une activité commerciale générant un revenu. Les charges rattachées à l'utilisation des fluides ou à la réparation et à l'entretien de ce local procèdent de son utilisation normale et doivent s'inscrire comme des charges d'exploitation dans son bilan comptable. Pour l'entretien des parties communes et équipements communs, nous pouvons tout autant considérer qu'un immeuble commercial bien entretenu est plus attractif pour la clientèle et contribue à la bonne performance du chiffre d'affaires des preneurs. Ainsi, n'est-il pas rare de voir des baux commerciaux prévoyant la refacturation de la totalité des charges aux preneurs. Pour la répartition des charges entre preneur et bailleur, il faut néanmoins prendre en considération la qualité du site commercial, son emplacement, sa zone de chalandise ainsi que le jeu de l'offre et de la demande des enseignes qui désirent s'y implanter. Plus un ensemble immobilier commercial est attractif, plus il sera facile pour le bailleur de refacturer aux preneurs toutes les charges afférentes à l'immeuble.

391. Le traitement des charges locatives dans le modèle d'acquisition — Economiquement, l'exploitation de l'immeuble se traduit par la perception d'un revenu composé de la somme de l'ensemble des loyers. Une fois déduites les charges d'exploitation qu'il incombe au bailleur de régler, il subsiste le revenu net de l'immeuble, c'est-à-dire l'argent réellement perçu par celui-ci. De cette manière, il n'aura de cesse de minimiser la

⁴⁴⁵ Art. 605 du Code civil : « (...) *Les grosses réparations demeurent à la charge du propriétaire, à moins qu'elles n'aient été occasionnées par le défaut de réparations d'entretien, depuis l'ouverture de l'usufruit ; auquel cas l'usufruitier en est aussi tenu*».

⁴⁴⁶ Art. 606 du Code civil : « *Les grosses réparations sont celles des gros murs et des voûtes, le rétablissement des poutres et des couvertures entières. Celui des digues et des murs de soutènement et de clôture aussi en entier. Toutes les autres réparations sont d'entretien*».

quote-part de charges dont il est redevable pour tenter d'en refacturer la plus grande partie à ses différents locataires. Avec la maîtrise du montant des loyers, il s'agit du deuxième levier de valeur de l'actif. En effet, moins le propriétaire sera tenu au paiement des charges, moins son revenu sera minoré. L'identification des différents postes de charge ainsi que leur mécanisme de refacturation sur la base des baux transmis en data-room est au moins aussi importante que le contrôle de la bonne facturation des loyers. De ce fait, une mauvaise facturation des charges peut avoir une forte incidence sur le revenu net de l'immeuble, et ce de deux façons possibles. Soit le propriétaire de l'immeuble ne facture pas correctement les charges d'exploitation et participe de façon trop significative à leur paiement au regard de ce que peuvent prévoir les baux : il déduit donc un montant trop important de la somme des loyers capitalisés. Soit il refacture une quote-part de charges trop importante à ses locataires, qui seront alors en droit de demander leur régularisation.

Après avoir déterminé les différents éléments que le candidat à l'acquisition doit nécessairement analyser lors de la phase de data-room, il nous faut à présent voir comment déterminer la valeur de l'immeuble sur la base de ce revenu.

§2 : L'élaboration du modèle économique d'acquisition

392. La notion de juste valeur et les méthodologies d'estimation basées sur le revenu de l'immeuble — Il nous faudra aborder d'une part la notion de juste valeur **(I)**, avant de voir par la suite la méthodologie d'estimation fonction du revenu **(II)**.

I : La notion de juste valeur

393. La notion de « juste valeur » et son incidence sur la détermination du prix de l'immeuble — La financiarisation de l'immobilier a eu pour conséquence de traiter les immeubles non plus d'un simple point de vue patrimonial, mais de les apprécier sous un angle financier : c'est-à-dire de les considérer comme étant une classe d'actif à part entière. Partant, les actifs immobiliers ont été soumis à des méthodes de valorisation induites par la déréglementation des marchés, dont a résulté la notion de « juste valeur ». Après avoir

déterminé l'émergence de cette notion et en avoir défini le contenu (A), il nous faudra apprécier son incidence sur la détermination du prix de l'immeuble (B).

A : La convergence des méthodes d'évaluation ou le recours à la « juste valeur »

394. Les conséquences de la déréglementation financière — Les relations financières internationales ont été marquées par de profonds bouleversements au cours des trente dernières années : intensification des flux de capitaux, ouverture des marchés, création de nouveaux instruments financiers, etc. Il n'est pas inopportun d'utiliser alors le terme de « globalisation financière » dès lors que de cette mobilité des capitaux, a procédé l'émergence d'un marché unique de l'argent à l'échelle planétaire. De cette logique de globalisation résulte une déréglementation par les systèmes financiers des États, plus favorables aux mécanismes de marché ayant pour objectif de drainer l'épargne mondiale afin de financer la croissance de leurs déficits budgétaires. Pour ce faire, plusieurs mesures ont été mises en œuvre : elles tiennent en premier lieu à un renoncement au contrôle des taux d'intérêt par les pouvoirs publics ; dès lors, ils sont librement déterminés par le marché. D'autre part, il s'est produit une abolition du contrôle des changes nationaux. Enfin, une mise en concurrence des charges d'agent de change a contraint ces derniers d'ouvrir leurs capitaux à des investisseurs nationaux et étrangers. En effet, jusqu'alors, seuls les courtiers (*brookers*) et les contrepartistes⁴⁴⁷ (*jobbers*) pouvaient intervenir sur le marché des actions. Désormais, toute personne morale peut devenir membre de la bourse ; ce que n'ont pas manqué de faire les compagnies d'assurance et les banques américaines et européennes, en prenant le contrôle de firmes de courtage afin d'améliorer la rentabilité et les performances de leurs placements.

Il résulte cette logique de déréglementation qu'en dehors d'une considération de frontière, un investisseur peut positionner ses capitaux en dehors de toute contrainte étatique limitant l'accès aux marchés nationaux, et ce, partout dans le monde. Cependant, en l'absence de convergence des méthodes d'évaluation des actifs, il sera très difficile pour lui d'arbitrer entre plusieurs investissements dont la valeur aura été déterminée par des méthodes d'estimation différentes, ce qui pourra être source de risque. Un des grands enjeux de la déréglementation financière a donc été l'élaboration d'une méthodologie unique d'évaluation

⁴⁴⁷ Intermédiaire faisant sur le marché des opérations de contrepartie, c'est-à-dire l'action de se porter vendeur ou acquéreur face à son propre client au lieu d'en exécuter les ordres comme simple intermédiaire.

d'actif permettant de comparer sur les mêmes bases, en fonction de mêmes indicateurs, les performances de différents investissements portant sur la même classe d'actif au niveau mondial.

395. La « juste valeur » au regard de la convergence des méthodes d'évaluation

— Ce processus de convergence a été initié dans un premier temps aux États-Unis sous l'égide du *Financial Accounting Standards Board* (FASB); puis il a été développé au niveau mondial par l'*International Accounting Standards Board* (IASB). Cet organisme travaillant sous le patronage de l'*International Accounting Standards Committee* (IASC) est responsable tant de la préparation que de l'adoption et la modification des normes comptables internationales. En matière d'évaluation, la doctrine développée par l'IASB repose sur le postulat que seule une représentation comptable des opérations et des éléments patrimoniaux d'une entreprise (à savoir son actif et son passif) permet d'en déterminer la valeur de marché instantanée.

L'introduction de cette méthodologie unique a eu pour conséquence une remise en cause du modèle dominant en matière d'évaluation des actifs, fondé alors sur le concept de la valeur historique : il s'agissait de sa valeur de marché déterminée au moment de l'acquisition, en considération du report de ses pertes et profits. L'IASB a substitué à la « valeur historique », la « juste valeur » ou « *fair value* »⁴⁴⁸ qui peut se définir comme « *le montant pour lequel un actif pourrait être échangé ou une dette réglée entre des parties bien informées, consentantes et agissant dans des conditions de concurrence normales* »⁴⁴⁹. Les intérêts de recourir à la *fair value* sont nombreux. D'une part, elle autorise un meilleur suivi de l'exposition au risque d'un actif au regard de son marché, par la révision périodique de sa valeur⁴⁵⁰. Elle réconcilie ainsi le résultat comptable et le résultat économique. D'autre part, elle permet de se prémunir contre les pratiques opportunistes de gestion du résultat, qui consistaient à céder des actifs

⁴⁴⁸ Voir sur la notion de *Fair Value* : N. AVELINE-DUBACH, *Immobilier, l'Asie, la bulle, et la mondialisation*, CNRS édition, Paris 2008 et IAS 40 « immeubles de placement ».

⁴⁴⁹ Charte de l'Expertise en Evaluation Immobilière, *op.cit.*, p. 37 et s. Cette définition de la juste valeur restera en vigueur jusqu'à la fin de l'année 2012. Elle sera remplacée à compter du 1^{er} janvier 2013 par une nouvelle définition procédant de la norme IAS 13, selon laquelle la juste valeur est « le prix qui serait reçu pour vendre un actif ou payé pour transférer un passif lors d'une transaction ordonnée entre des intervenants du marché à la date d'évaluation ».

⁴⁵⁰ Cela est notamment vrai pour les produits dérivés, actifs très risqués par nature, comme l'ont illustré les célèbres affaires Enron, Worldcom et Arthur Andersen.

recelant des plus-values latentes où la valeur de marché était alors minorée du coût historique d'acquisition afin d'engendrer des bénéfices exceptionnels tout en lissant les comptes.

B : La « juste valeur » et son incidence lors de la valorisation des immeubles

396. L'incidence de la « juste valeur » sur les méthodologies de détermination de la valeur de l'immeuble — Les actifs fonciers et immobiliers n'ont pas échappé à cette redéfinition des règles comptables induites par le mouvement de convergence des méthodes d'évaluation. Les normes IAS 16 (immobilisation corporelle) et IAS 40 (immeuble de placement) sont applicables à l'évaluation des actifs immobiliers entrant dans les comptes consolidés de toutes les entreprises cotées à la bourse d'un des pays membres de l'Union européenne. La première a trait principalement aux immeubles d'exploitation, alors que la seconde vise les biens immobiliers détenus par des investisseurs. Ces deux normes imposent le recours à deux méthodes pour l'évaluation des immeubles : ce sont d'une part la juste valeur et d'autre part le modèle du coût. L'évaluation par la juste valeur est devenue progressivement la norme en matière de valorisation des patrimoines immobiliers. Celle-ci repose sur l'application à l'immeuble de la théorie de l'intérêt développée par I. FISHER. Elle énonce que « *la valeur de tout bien ou droit de propriété est sa valeur en tant que source de revenus* »⁴⁵¹. La détermination de la valeur de l'immeuble est donc fonction du flux de revenus qu'il est susceptible de générer, constitués par la captation des loyers qui lui sont afférents. Dans la pratique, la juste valeur des immeubles de placement est généralement assimilée à la valeur vénale qui peut se définir comme étant « *la somme d'argent estimée contre laquelle des biens et droits immobiliers seraient échangés à la date de l'évaluation entre un acheteur consentant et un vendeur consentant, dans une transaction équilibrée après une commercialisation adéquate, et où les parties ont, l'une et l'autre agi en toute connaissance, prudemment et sans pression* »⁴⁵²

Dans le cas d'un arbitrage immobilier s'analysant en une opération de cession-acquisition d'un immeuble de placement, la détermination de la juste valeur est assimilable à la valeur vénale qui se détermine par le biais de méthodes par le revenu : la capitalisation et l'actualisation, dont il nous faut à présent prendre connaissance.

⁴⁵¹ I. FISHER, *La théorie de l'intérêt*, Mac Millian, New York, 1930.

⁴⁵² Charte de l'Expertise en Evaluation Immobilière, *op.cit.* p. 37 et s.

II : La mise en œuvre des méthodes par le revenu

397. Les méthodes par capitalisation et actualisation des flux futurs — Ces méthodes par le revenu capitalisent ou actualisent un revenu annuel. Elles sont fondées sur le constat que la valeur du bien est en relation avec le revenu qu'il procure, ou peut procurer. Pour définir ces méthodes d'estimation par le revenu, il convient de se reporter à la Charte de l'expertise en évaluation immobilière qui énonce que « *ces méthodes consistent à prendre pour base soit un revenu constaté ou existant, soit un revenu théorique ou potentiel (loyer de marché ou valeur locative de marché) soit les deux, puis à utiliser des taux de rendement, de capitalisation, ou des taux d'actualisation (valeur actuelle d'une série de flux sur une période donnée.) Les méthodes par le revenu se déclinent de deux manières : soit par capitalisation, soit par actualisation des flux futurs (DCF »⁴⁵³). Il nous faudra donc voir dans un premier temps la valorisation de l'immeuble par le biais de la capitalisation (A), puis dans un second temps par l'actualisation des flux futurs (B).*

A : La méthode par capitalisation

398. La définition théorique de la capitalisation — La méthode par capitalisation repose sur le postulat qu'il existe nécessairement un rapport entre le montant global annuel des loyers générés par l'immeuble et sa valeur vénale, induisant l'existence d'une corrélation entre ce revenu et sa valeur marchande. Une fois déterminé et correctement appliqué au montant total des loyers annuels, ce rapport permet la réalisation de la valeur de l'immeuble. En ce sens, cette méthodologie est conforme à la vocation universaliste recherchée par l'uniformisation des méthodes d'évaluation. En effet, « *si l'appréciation d'un bien par un investisseur résulte de l'intérêt d'un coût apprécié en revenu, le capital illustre toujours l'avantage ou l'inconvénient d'un investissement remboursé en revenu dans le temps* »⁴⁵⁴. De manière substantielle, la méthode par capitalisation est un principe qui permet d'évaluer la valeur d'un bien immobilier au regard de l'attractivité qu'il représente pour un investisseur, laquelle est exprimée à travers un taux de rendement. Rapportée à l'acquisition de l'immeuble

⁴⁵³ Charte de l'Expertise en Evaluation Immobilière, *op.cit.* p. 56.

⁴⁵⁴ C. JACOTEY et M. MARX, *L'expert immobilier et le perfectionnement de ses méthodes*, Réflexion immobilières, n° 5, Mars 1994.

lors de la procédure de data-room, elle permet aux candidats-acquéreurs de déterminer la valeur vénale de l'immeuble en lui appliquant le taux qu'ils estiment le plus approprié en passant par plusieurs facteurs.

D'un point de vue théorique, en désignant par R le taux de rendement net et par L(t) et V(t) le loyer net et la valeur vénale (droits inclus) d'un bien considéré à un instant (t), il est possible de dire que $V(t) = L(t)/R$. Pour reprendre les propos de M. THION, cette équation démontre « *que la valeur du bien serait équivalente, dans l'hypothèse d'un loyer fixe égal à L, à la valeur d'une rente perpétuelle dont le taux serait R, également appelé taux de rendement* »⁴⁵⁵. Au-delà de la relation mathématique qu'entretiennent entre eux ces différents termes, il faut à présent en définir le contenu.

399. La détermination du revenu net — La notion de revenu net vise à prendre un revenu brut pour pivot de la détermination de la valeur de l'immeuble, c'est-à-dire « *Le loyer annuel brut ou loyer en principal versé par un locataire ou un occupant à un propriétaire en échange de l'usage d'un bien immobilier en vertu d'un titre d'occupation (...) Le loyer est exprimé hors taxes et hors charges locatives refacturées au preneur (...)* »⁴⁵⁶ diminué d'un ensemble de postes de charges supporté par le propriétaire. En ce sens, « *il s'agit du loyer brut annuel diminué d'un certain nombre de frais annuels que le propriétaire engage et qui ne sont pas, contrairement aux charges locatives, systématiquement remboursés par le locataire* »⁴⁵⁷.

Par conséquent, prenant pour point de départ le revenu brut, il conviendra de lui soustraire classiquement plusieurs postes de charges pour déterminer le revenu net. Il s'agit dans un premier temps de la vacance courante ou ponctuelle pouvant affecter l'immeuble ainsi que des impayés locatifs dont le coût est supporté par le seul propriétaire. D'autre part, en considération des baux et de la loi, il faut soustraire toutes les charges non refacturables, telles que les impôts fonciers, l'entretien et les dépenses courantes de l'immeuble, le coût de gardiennage, l'assurance du propriétaire, les honoraires de gestion⁴⁵⁸ voire l'entretien courant de l'immeuble.

⁴⁵⁵ B. THION, *Valeur, prix et méthodes d'évaluation en immobilier*, Etude pour le CEREG Paris Dauphine, 2010.

⁴⁵⁶ Charte de l'Expertise en Evaluation Immobilière *op. cit.* p. 62.

⁴⁵⁷ *Ibidem*, p. 62 et 63.

⁴⁵⁸ Voir en ce sens : A. MALAQUIN, *Cours d'expertise immobilière*, ICH Paris, 2013.

En matière d'immobilier commercial, il convient avant tout chose de se reporter aux baux commerciaux dès lors que leur réglementation ne prévoit pas de façon impérative la ventilation des différents postes de charges entre le bailleur et le preneur. En ce sens, par le jeu de la négociation contractuelle portant sur le bail, il est possible de faire supporter aux preneurs l'intégralité de ces postes de charges, y compris celles afférentes aux grosses réparations des articles 605 et 606 du Code civil par opposition aux baux d'habitation.

400. La détermination du taux de rendement — Le taux de rendement « *exprime le rapport entre le loyer annuel et la valeur vénale plus les frais d'acquisition et les droits de mutation (valeur vénale acte en main)* »⁴⁵⁹. Le taux de rendement net est fonction de la classe d'immeuble à laquelle il aura vocation à appartenir. Il varie en sens inverse des qualités intrinsèques de l'immeuble : plus celui-ci sera haut de gamme et plus le taux de rendement sera faible. *A contrario*, plus l'immeuble est vétuste ou obsolète, et plus le taux appliqué sera fort dès lors qu'il devra refléter le fait qu'il exige de grosses réparations : par voie de conséquence, sa valeur vénale s'en trouve réduite.

Le taux de rendement exprime en pourcentage et de manière théorique le rapport entre le revenu net de l'immeuble et le capital engagé par l'acquéreur, à savoir le prix d'acquisition ainsi que les frais et droits de mutation. Le taux de rendement net se construit en considération de trois composantes : le taux sans risque exprimé en fonction des obligations à terme d'une durée de dix ans émise par l'État français (OAT 10); d'autre part l'appréciation de la liquidité de l'actif : il s'agit du fait que par opposition à d'autres classe d'actif comme les actions, l'immeuble ne peut être cédé en un trait de temps, une vente immobilière prenant toujours plusieurs mois ; enfin, le risque immobilier englobant plusieurs éléments : le risque de vacance, la vétusté, l'obsolescence et l'éventuelle absence de marché. En pratique, la détermination de ce taux induit la prise en compte de plusieurs critères tels que les gisements locatifs potentiels, la taille de l'immeuble commercial, la qualité architecturale du bâti, la densité de la concurrence sur la zone de chalandise de l'immeuble, l'accessibilité du site et ses moyens de desserte, l'exposition nationale des enseignes qui y sont exploitées etc.

401. Les limites de la capitalisation — Le recours à cette méthode d'estimation présuppose que le taux de rendement net retenu soit de nature à refléter la valeur de marché de

⁴⁵⁹ Charte de l'expertise en évaluation immobilière *op.cit.* p. 62

l'immeuble traduisant ce faisant l'idée qu'à revenu locatif comparable correspondent des prix de marchés identiques. Tel est rarement le cas en pratique, obligeant alors à un ajustement des taux (et donc de la valeur vénale de l'immeuble) en fonction de règles plus ou moins arbitraires. En outre, ces ajustements de taux « *même minimes, déterminent souvent des variations de valeur très importantes qu'il y'a lieu de contrôler en se référant au prix pratiqué sur le marché (...) dont l'aboutissement est de recalculer le taux de rendement net en partant de la valeur de marché, obtenue par comparaison, et donc à rendre en quelque sorte inutile cette méthode d'évaluation* »⁴⁶⁰

B : La méthode par actualisation des flux futurs, ou méthode financière des cash-flows

402. Le principe de l'actualisation des flux futurs — La méthode d'évaluation fondée sur l'actualisation des flux futurs ou DCF est aujourd'hui la méthode d'évaluation reine en matière d'immobilier commercial. Bien que les actifs immobiliers ne possèdent pas par nature les caractéristiques des actifs financiers classiques tenant notamment en une faiblesse des coûts de transaction et une forte liquidité, la financiarisation de l'immobilier a rendu possible la transposition de la formule de Gordon-Shapiro⁴⁶¹ aux immeubles. Celle-ci permet d'apprécier la valeur d'un actif financier comme la somme actualisée des revenus futurs anticipés qui seront générés. Ainsi, du point de vue de l'acquéreur potentiel de l'immeuble, cette formule évalue la valeur d'un bien immobilier par la somme des loyers futurs actualisés. Selon le principe de calcul de la DCF, les opérateurs de marché se fondent sur une dualité d'éléments en vue d'anticiper le prix de l'immeuble tenant d'une part à l'inventaire des flux de trésorerie et à leur valorisation au regard du principe qu'un euro aujourd'hui vaut plus qu'un euro demain, et d'autre part en fonction de valeur attendue à la revente.

Le principe de l'actualisation des flux futurs sur fonde sur le postulat que lorsqu'un investisseur place une somme d'argent, il attend en conséquence de son immobilisation un retour à savoir une augmentation de son placement par les intérêts qu'il génère. C'est ainsi que pour 100 euros confiés à une banque en début d'année, l'investisseur entendra percevoir a

⁴⁶⁰ F. LEX, Cours d'Asset Management immobilier, ESSEC, Paris, 2006.

⁴⁶¹ Voir en ce sens : J-M. GORDON et E. SHAPIRO, "Capital Equipment Analysis : the required rate of profit", *Management Science*, vol. 3, n°1, 1956, p. 102-110.

minima 103 euros à la fin de celle-ci. Il existe donc une correspondance entre la possession de 100 euros au début de l'année et celle de 103 euros à la fin de celle-ci, ce qui nous incite à penser qu'ils doivent posséder une valeur financière similaire. Dans le cadre d'une analyse financière, l'actualisation consiste donc à déterminer la valeur présente pour chaque flux futur, ce qui se traduit par la formule mathématique suivante :

$$V_p = \frac{F}{(1+t)^n}$$

Avec : V_p correspondant à la valeur présente
: F correspondant au flux de trésorerie
: t correspondant au taux d'actualisation
: n correspondant au nombre de périodes entre la date de réalisation flux et la date d'actualisation

402. La détermination de la valeur nette actualisée de l'immeuble - Dans le cadre de l'évaluation de la valeur de l'immeuble sur la base de la méthode des DCF, il ne s'agit plus de rechercher la valeur présente d'un seul flux, mais celle d'une succession de flux de trésorerie directement associés à l'investissement que représente l'acquisition de l'immeuble, auxquels il convient d'adjoindre la valeur de revente de l'immeuble. La valeur actualisée nette (V.A) est donc égale à la somme actualisée de ses revenus futurs. Elle porte tant sur les flux périodiques d'exploitation que sur la valeur finale de l'immeuble. Il est possible de calculer celle-ci en application de la formule suivante :

$$V.A = F_0 + \frac{F_1}{(1+t)^1} + \frac{F_2}{(1+t)^2} + \frac{F_i}{(1+t)^i} + \dots + \frac{F_n}{(1+t)^n}$$

Avec : V.A correspondant à la valeur actuelle de l'immeuble
: F_0 correspondant au flux initial au jour de l'estimation
: F_i correspondant aux revenus nets de l'immeuble de l'année i
: F_n correspondant au prix de revente de l'immeuble au flux final
: t correspondant au taux d'actualisation exprimé en % entre chaque période

Après simplification, la méthode d'évaluation de l'immeuble par le recours aux DCF s'exprime mathématiquement de la manière suivante :

$$V.A = \sum_{i=1}^n \frac{Fi}{(1+t)^i} + \frac{Fn}{(1+t)^n}$$

Avec : V.A correspondant à la valeur actuelle

: Ft correspondant à la somme des flux sur la période de détention considérée

: Fn correspondant au prix de revente de l'immeuble au flux

: i correspondant au taux d'actualisation exprimé en % entre chaque période

: t correspondant au nombre de périodes entre la date de vente et celle d'acquisition

: n correspondant à la date de vente

403. La détermination du « revenu triple net » — Le revenu dont il est ici question est un « revenu triple net », c'est-à-dire un revenu locatif dont aura été déduit tout ce dont le paiement incombe en principe au propriétaire au titre de la captation des loyers qu'il effectue.

La Charte de l'expertise en évaluation immobilière peut se définir comme étant « *le loyer annuel et les éventuels autres revenus générés par l'immeuble desquels on soustrait l'ensemble des frais annuels supportés par le propriétaire, intrinsèques de l'immeuble, mais indépendamment de la personnalité du propriétaire* »⁴⁶². Ainsi, comme pour la méthode par capitalisation, le point de départ consistera-t-il à prendre les loyers bruts et à y soustraire (cf. méthode par capitalisation) les charges récurrentes du propriétaire, en d'autres termes « les honoraires ou frais de gestion, les assurances d'immeubles, la taxe foncière et les travaux d'entretien courant, les grosses réparations »⁴⁶³ etc.

404. La détermination du taux d'actualisation — Le taux d'actualisation a pour but de ramener la projection des loyers futurs à une valeur présente. Il « *permet de calculer la valeur actuelle d'une somme de flux financier positifs et négatifs à venir sur une période donnée* »⁴⁶⁴. Il exprime la rentabilité souhaitée par l'investisseur en vue de l'acquisition de

⁴⁶² Charte de l'expertise, *op.cit.* p. 63.

⁴⁶³ *Ibidem.*

⁴⁶⁴ Charte de l'expertise, *op.cit.* p. 63.

l'actif, objet de la procédure de data-room appréciée en considération des placements alternatifs sur le marché. Sa détermination se fait par référence au marché financier, notamment en considération du taux de rémunération des OAT 10 auquel il convient d'adjoindre une prime de risque reflétant là encore le caractère peu liquide de l'actif et la prise de risque pour l'investisseur. Cependant, la construction de ce taux pose le problème de l'existence d'une prime de risque de nature à croître en considération de la durée pendant laquelle le modèle économique est établi. Le choix de l'horizon de temps retenu n'est pas neutre, dès lors que le cycle de vie d'un immeuble n'est pas linéaire. Le risque tenant en une mauvaise appréciation des loyers futurs augmente également en considération de l'horizon de temps retenu dans l'hypothèse de valorisation. Dans la pratique il se situe entre 6 et 12 ans afin d'éviter un trop fort écart entre ce qui été attendu au jour de l'acquisition et les revenus réels.

405. Les limites de la méthode par actualisation des flux futurs — Le grand apport de la méthode par actualisation des flux futurs est de prendre en compte le facteur temps, ignoré jusque-là par les autres méthodes d'estimation. Ce système ne laisse pas moins subsister un certain nombre d'incertitudes, tenant notamment à une évaluation empirique de la croissance des flux futurs sans pouvoir maîtriser au préalable l'évolution des paramètres macro-économiques. A notre sens, son principal problème tient en une surévaluation de la plus-value liée à la revente à l'issue de la période d'investissement. En effet, s'engager dans un modèle économique sur cette valeur de vente en sortie d'opération n'est pas sans « chamanisme » sur des marchés immobiliers soumis à de fortes fluctuations. La nature particulière des actifs immobiliers ne devrait pas forcément aboutir à une analogie de traitement entre ceux-ci et les autres classes d'actifs traditionnels au nom d'une financiarisation de l'immobilier. Les immeubles ont une réalité physique : ils sont palpables, tangibles et par conséquent soumis à des cycles de production industrielle. Comme le déclarait André Wood, vice-président de *Land Lease Real Estate Investment* en 1999, « un grand changement aux États unis au cours des quinze dernières années a été de considérer les biens immobiliers comme des actifs financiers. L'immobilier devrait être considéré comme un *Business* »⁴⁶⁵. Bien qu'ayant fait émerger de nouvelles approches tenant en une tentative de

⁴⁶⁵ Voir en ce sens : K. MERA et B. RENAUD, *Asia's Financial Crisis and the role of the real estate*, Sharpe London, 2000, p. 275.

réconciliation des dimensions spatiales et financières des actifs immobiliers, ce constat n'a pas eu pour conséquence de remettre en cause la pertinence de la méthode des DCF⁴⁶⁶.

§3 : Le contrôle de la situation environnementale de l'immeuble

406. La pluralité des risques environnementaux — La notion de risque environnementale doit être traitée au pluriel tant les problématiques auxquelles elle renvoie sont variées.

En premier lieu, le législateur impose une liste de diagnostics obligatoires dans le cadre de la vente d'immeuble. Le défaut de production de ces éléments est de nature à s'opposer clairement à la vente : la loi entend protéger les acheteurs potentiels en imposant au vendeur la fourniture d'un tronc d'informations. Ces dernières visent l'exposition de l'immeuble à un ensemble de risques tels la présence d'insectes xylophages, d'amiante ou encore la performance énergétique de celui-ci. Ces différents volets environnementaux sont abordés classiquement par les acheteurs qui évaluent leur incidence sur le prix de cession à l'aide de leur conseil. Le risque qu'ils représentent sera par la suite traité assez classiquement par le jeu de la négociation, passant soit par une diminution du prix d'acquisition proposé au vendeur, soit par une garantie spécifique dans l'acte de vente tenant par exemple en un engagement pris par celui-ci d'améliorer les performances énergétiques de l'immeuble à ses frais en un laps de temps contractuellement défini. Face au niveau d'information fournie aux candidats à l'acquisition et du traitement dont elles feront l'objet, il incombera simplement aux protagonistes de vérifier que le vendeur a satisfait à son obligation légale et que la data-room est bien dotée de ces différentes pièces.

407. Le risque principal tenant en une pollution du terrain en vente — Dans le présent développement, nous ne traiterons que du risque environnemental le plus important, tenant en une possibilité de pollution du terrain sur l'emprise duquel a été édifié l'immeuble commercial. Ce risque provient du fait de l'exploitation par le passé d'une installation classée pour la protection de l'environnement (ICPE) (I). La maîtrise de ce risque lors de la phase

⁴⁶⁶ Voir notamment sur cette question : G. MARGIOCCHI et A. MALAQUIN, « La méthode des Discounted Cash-flow va-t-elle révolutionner l'expertise immobilière ? », *Réflexions immobilières*, n ° 19, p. 43 et 47.

d'audit passe alors par la connaissance de l'exploitation d'une telle activité et des obligations qui en résultent lors de la vente (II).

I : La pollution du site procédant de l'exploitation d'une ICPE

408. La protection du candidat-acquéreur — La problématique de la pollution résultant de l'exploitation d'une ICPE impose d'une part de prendre connaissance des obligations mises à la charge de l'exploitant en cas de cessation de l'activité (et notamment au regard de la remise en l'état du site) (A) puis de voir d'autre part l'obligation d'information qui pèse à la charge du vendeur en cas de cession des terrains d'emprise de ces installations (B).

A : L'arrêt de l'exploitation d'une ICPE

409. La procédure d'arrêt d'une ICPE et l'obligation de remise en l'état du site — Le législateur a encadré l'arrêt de l'exploitation d'une ICPE par le biais d'une procédure spécifique (1) à l'issue de laquelle il fait peser l'obligation de remise en l'état du terrain pollué sur l'exploitant (2).

1 : La procédure de cessation d'activité

410. La procédure applicable est fonction de la nature de l'exploitation — Lorsque l'exploitant d'une ICPE souhaite cesser son activité, il est tenu de se conformer aux obligations réglementaires édictées par le Code de l'environnement qui ne sont pas les mêmes selon la nature de l'installation. En tout état de cause, lorsqu'une ICPE est mise à l'arrêt de façon définitive, il incombe à l'exploitant de notifier au préfet la date de cet arrêt et ce au moins trois mois avant. Ce délai est toutefois porté à six mois pour les installations de stockage de déchets et les carrières. La notification indique les mesures prises ou prévues pour assurer la mise en sécurité du site dès l'arrêt de l'exploitation. Cela passe notamment par l'évacuation ou l'élimination des produits dangereux, les interdictions ou les limitations

d'accès au site, la suppression des risques d'incendie ou d'explosion ainsi que la surveillance des effets de l'installation sur son environnement⁴⁶⁷.

Lorsqu'une ICPE soumise à déclaration est mise définitivement à l'arrêt, l'exploitant doit remettre son site en état pour un usage comparable à la dernière période d'activité de l'installation au regard des dispositions de l'article L. 512-12-1 du Code de l'environnement. Par ailleurs, il doit en informer la collectivité compétente en matière d'urbanisme ainsi que le propriétaire du site. En revanche, lorsqu'une ICPE soumise à autorisation ou à enregistrement est mise à l'arrêt définitif, l'exploitant doit remettre son site en l'état de façon à ce qu'il ne manifeste aucun danger ou inconvénient pour la santé, la salubrité publique ou l'environnement. Ce principe est issu des articles L. 512-7-6 et L. 512-6-1 du Code de l'environnement. Aussi, la remise en l'état doit-elle permettre un usage futur du site déterminé conjointement avec la collectivité compétente en matière d'urbanisme et le propriétaire du site.

411. La procédure applicable est fonction du moment où la cessation d'activité est intervenue — Pour les cessations d'activités réalisées antérieurement au 1^{er} octobre 2005, le préfet peut fixer à tout moment par voie d'arrêté complémentaire, des prescriptions de remise en l'état à l'exploitant. Elles prennent en compte un usage du site comparable à celui de la dernière période d'exploitation de l'installation, conformément aux dispositions de l'article R. 512-79 du Code de l'environnement.

Pour les cessations d'activités ayant eu lieu postérieurement à cette date, la remise en l'état du site peut être déterminée ou non par l'arrêté d'autorisation ou d'enregistrement. Dans les cas où la remise en l'état n'est pas déterminée par l'arrêté, il convient de se reporter aux dispositions de l'article R. 512-75 du Code de l'environnement. Cet article dispose qu'au moment de la notification de la cessation d'activité, il incombe à l'exploitant de transmettre tant à la collectivité compétente en matière d'urbanisme qu'au propriétaire du terrain, les plans études et rapports sur la situation environnementale et les usages successifs du site dont il adresse copie au préfet. Il appartient aux personnes consultées d'émettre leur désaccord dans un délai de trois mois après quoi leur avis sera réputé favorable. L'exploitant doit informer le préfet et les personnes consultées de l'existence d'un accord ou d'un désaccord sur le type d'usage futur du site. À compter de la notification de désaccord, la collectivité dispose d'un

⁴⁶⁷ Voir en ce sens : Art. R. 512-74 du Code de l'environnement.

délai de quatre mois pour transmettre au préfet, à l'exploitant et au propriétaire, un mémoire pour incompatibilité manifeste de l'usage prévu au regard des documents d'urbanisme assortis de propositions de type d'usage pour le site. À compter de la notification de désaccord ou de la réception du mémoire et après avoir sollicité l'avis de l'exploitant et du propriétaire, le préfet dispose d'un délai de deux mois pour fixer les types d'usage qui devront être pris en compte pour déterminer les mesures de remise en l'état. À défaut d'accord entre les personnes intéressées, l'usage retenu est comparable à celui de la dernière période d'exploitation de l'installation mise à l'arrêt.

Dans le cas où la remise en l'état est déterminée par l'arrêté, il convient de se reporter aux dispositions de l'article R. 512-76 de Code de l'environnement. Dans un délai fixé par le préfet, l'exploitant sera alors tenu de transmettre à ce dernier un mémoire de réhabilitation précisant les mesures prises ou prévues pour assurer les types d'usage prévus pour le site de l'installation. Au regard de ce mémoire, le préfet détermine s'il y a lieu de prescrire des travaux ou mesures de surveillance par voie d'arrêté complémentaire : ce pourra être le cas compte tenu de l'efficacité des techniques de réhabilitation appréciées dans des conditions économiquement acceptables, mais également face à un bilan « coûts-avantages » de la réhabilitation au regard des usages considérés. Une fois les travaux réalisés, l'exploitant en informe le préfet. L'inspecteur des ICPE constate alors la réalisation des travaux par procès-verbal, dont une copie est transmise à l'exploitant à la collectivité et au propriétaire du site. Cette exigence devrait simplifier la traçabilité des travaux réalisés, notamment dans le cadre des actes authentiques de vente d'immeuble.

De plus, la circulaire du 18 octobre 2005 vient préciser que *« l'inspection des installations classées constatera la conformité des actions à l'arrêté préfectoral ou au mémoire de réhabilitation par un procès-verbal de récolement. Il s'appuiera sur des justificatifs fournis par l'exploitant attestant de la réalisation des travaux conformément à ce qui était prévu. Il pourra être complété par des constats sur site, réalisés au moment le plus opportun de l'opération de réhabilitation (...). Le procès-verbal de récolement devra préciser explicitement sur la base de quels documents ou constats il est établi. Il ne saurait dégager le*

dernier exploitant de ses responsabilités pour des points qui se révéleraient non conformes à l'avenir »⁴⁶⁸.

412. Le délai de demande de remise en l'état du site par l'exploitant — La prescription de la durée pendant laquelle il est possible de demander à l'exploitant de remettre le site en l'état est fonction des dispositions de l'article R. 518-78 du Code de l'environnement. Ce dernier énonce qu'« *à tout moment, même après la remise en l'état du site, le préfet peut imposer à l'exploitant par arrêté pris dans les formes prévues à l'article R. 512-31, les prescriptions nécessaires à la protection des intérêts mentionnés à l'article L. 511-1* ». Ainsi, l'exploitant peut être recherché à tout moment postérieurement à la cessation de l'activité, même si ce dernier a procédé régulièrement à la remise en l'état du site ayant accueilli l'exploitation classée. Toutefois, le Conseil d'État s'est prononcé à ce sujet dans une décision en date du 8 juillet 2005. Il a considéré que l'obligation de remise en l'état pesant sur l'exploitant lors de sa cessation d'activité se prescrivait par trente ans à compter de la date à laquelle la cessation d'activité a été portée à la connaissance de l'administration, sauf si les dangers ou inconvénients présentés par le site ont été dissimulés : « *Considérant que les principes dont s'inspire l'article 2262 du Code civil font obstacle à ce que le préfet impose à l'exploitant, à son ayant droit ou à la personne qui s'est substituée à lui la charge financière des mesures à prendre au titre de la remise en l'état d'un site lorsque plus de trente ans se sont écoulés depuis la date à laquelle la cessation d'activité a été portée à la connaissance de l'administration, sauf dans les cas où les dangers ou inconvénients présentés par le site auraient été dissimulés* »⁴⁶⁹. Il ressort de cette jurisprudence qu'un exploitant peut se voir prescrire des mesures de remise en l'état sur le site pendant 30 ans. Mais si ce dernier n'a pas procédé à la cessation administrative de son activité ou s'il a dissimulé des informations à l'administration, aucune prescription ne pourra courir.

413. Quid en cas de changement d'usage — En cas de modification ultérieure de l'usage du site, il convient de se reporter à l'alinéa 2 de l'article R. 512-78 du Code de

⁴⁶⁸ Circulaire n° BPSPR/2005-305/TJ du 18 octobre 2005 relative à la mise en œuvre des nouvelles dispositions introduites dans le décret n° 77-1133 du 21 septembre 1977, concernant la cessation d'activité des installations classées – choix des usages.

⁴⁶⁹ Voir en ce sens : CE Ass., 8 juillet 2005, « Société Alusuisse », req. n° 247976, *Rec. Lebon*, p. 311.

l'environnement. Il reflète l'importance de sa prise en compte dans le cadre des opérations d'aménagement : « *en cas de modification ultérieure de l'usage du site, l'exploitant ne peut se voir imposer de mesures complémentaires induites par ce nouvel usage sauf s'il est lui-même à l'initiative de ce changement d'usage* ».

2 : Le débiteur de l'obligation de remise en l'état

414. L'exploitant, débiteur de l'obligation de remise en l'état — Il résulte d'une lecture combinée des articles L. 512-17 et R. 512-74 du Code de l'environnement que l'exploitant est désigné comme le débiteur principal de la remise en l'état du site. Cependant, une jurisprudence constante admet que l'administration est fondée à adresser des prescriptions de remise en l'état non seulement à l'exploitant régulier, mais également à l'exploitant de fait qui a exploité l'installation classée à l'origine des pollutions sans titre régulier : « *L'obligation de remise en l'état du site est applicable aux installations de la nature de celles soumises à l'autorisation en application du titre 1^{er} du livre V du Code de l'environnement alors même qu'elles auraient cessé d'être exploitées avant l'entrée en vigueur de la loi n° 76-665 du 19 juillet 1976, dès lors que ces installations demeurent susceptibles de présenter les dangers et inconvénients énumérés à l'article L. 511-1 du Code précité* »⁴⁷⁰.

415. La recherche d'autres débiteurs potentiels : le propriétaire du terrain peut-il être tenu de remettre en l'état le site ? — Plusieurs Cours administratives d'appel ont tenté d'imposer l'obligation de remise en l'état du site pollué du fait de l'exploitation d'une ICPE au propriétaire du terrain. Le Conseil d'État a alors pu réaffirmer son principe : seul le dernier exploitant est débiteur de l'obligation de remise en l'état. Ainsi, par deux décisions rendues le 21 février 1997, a-t-il pu rappeler que le propriétaire en tant que tel ne pouvait pas faire l'objet des mesures prescrites par le préfet : « (...) *la SCI ne pouvait, en sa seule qualité de propriétaire de cet immeuble, faire l'objet des mesures prévues à l'article 23 de la loi de 1976 (actuel article L. 514-1 du Code de l'environnement qui définit les sanctions administratives applicables aux exploitants d'ICPE)* »⁴⁷¹.

⁴⁷⁰ Cass. 3^{ème} civ., 17 juin 2009, n° 08-14080, *inédit*.

⁴⁷¹ CE, 21 février 1997, « SCI Les Peupliers », req. n° 160250, *Rec. Lebon*, p. 951.

416. Le vendeur du terrain pollué peut-il transmettre contractuellement l'obligation de remise en l'état à l'acquéreur ? — Il se peut qu'à l'occasion de la vente d'un terrain ayant abrité une installation classée, le vendeur soit tenté de transmettre l'obligation de remise en l'état du site à l'acquéreur. Cependant, il est de jurisprudence constante qu'une telle obligation légale n'est par nature pas transmissible du fait de son caractère d'ordre public : elle ne concerne que les rapports entre le dernier exploitant et l'administration. Ainsi, le vendeur d'un terrain pollué ne peut-il pas se réfugier derrière les stipulations contractuelles en vertu desquelles l'acquéreur prendrait le bien vendu en l'état pour prétendre échapper, en tant que dernier exploitant d'une installation classée, à l'obligation de remise en l'état imposée par le préfet : « *Attendu que l'obligation de procéder à cette remise en état et de prendre toutes mesures utiles en matière de dépollution des sols (...) pesait sur la société Hydro Agri France, sans que puissent être invoquées les dispositions contractuelles de la vente intervenue le 28 mai 1990, ces dispositions demeurant étrangères aux prescriptions de l'autorité administrative, pénalement sanctionnées, en matière d'installations classées* »⁴⁷².

417. Quid en cas de succession d'exploitants — Il faut ici distinguer deux situations : la première tient en une succession d'exploitants ayant exercé des activités distinctes sur un même site ; la deuxième à une succession d'exploitants ayant exercé une même activité sur un même site. Dans la première configuration, le juge administratif considère que chaque exploitant est tenu de procéder aux mesures de réhabilitation se rattachant directement à l'activité qu'il a pu exercer. Dans la seconde, le dernier exploitant en date hérite de l'obligation de remise en l'état de son prédécesseur⁴⁷³, la jurisprudence ayant pris soin de préciser que l'exonération de la responsabilité de l'ancien exploitant ne trouve à s'appliquer que si le nouveau s'est régulièrement substitué à celui-ci⁴⁷⁴ : en combinant les articles L. 512-16 et R. 512-68 du Code de l'environnement, la procédure de déclaration de changement d'exploitant doit avoir été effectuée auprès de l'administration préfectorale. Cette démarche consiste en une déclaration au préfet par le nouvel exploitant dans le mois qui suit la prise en charge de l'exploitation. Le préfet délivre alors un récépissé sans frais, hormis les cas

⁴⁷² Cass. 3^{ème} civ., 16 mars 2005, *JCP Env.*, juin 2005, p. 23, note D. GILIG.

⁴⁷³ Voir en ce sens : CE, 11 avril 1986, « *Ministre de l'Environnement contre Société des produits chimiques Ugine-Kuhlane* », req. N° 62234.

⁴⁷⁴ Voir en ce sens : CE, 8 septembre 1997, « *Serachrom* », req. n° 121904.

où la délivrance d'une autorisation spécifique est nécessaire au regard de la nature des installations dont la mise en activité est subordonnée à l'existence de garantie financière et/ou dont l'activité est la plus dangereuse.

B : L'obligation d'information du vendeur

418. L'obligation légale d'information de vendeur quant à l'exploitation d'une ICPE sur le terrain dont la cession est projetée — Cette obligation d'information, procède des dispositions de l'article L. 540 du Code de l'environnement : « *Lorsqu'une installation soumise à autorisation ou à enregistrement a été exploitée sur un terrain, le vendeur de ce terrain est tenu d'en informer par écrit l'acheteur ; il informe également, pour autant qu'il les connaisse, des dangers ou inconvénients importants qui résultent de l'exploitation. Si le vendeur est l'exploitant de l'installation, il indique également par écrit à l'acheteur si son activité a entraîné la manipulation ou le stockage de substances chimiques ou radioactives. L'acte de vente atteste de l'accomplissement de cette formalité. À défaut, l'acheteur a le choix de poursuivre la résolution de la vente ou de se faire restituer une partie du prix ; il peut aussi demander la remise en l'état du site aux frais du vendeur, lorsque le coût de cette remise en l'état ne paraît pas disproportionné par rapport au prix de vente* ». L'article 35 de la loi du 30 juillet 2003⁴⁷⁵ est venu ajouter une obligation d'information à la charge de l'exploitant vendeur : celui-ci doit mentionner par écrit à l'acheteur si son activité a impliqué des manipulations ou stockages de produits chimiques ou radioactifs.

419. Le contenu de l'information — Les dispositions de l'article L. 514-20 du Code de l'environnement s'imposent au propriétaire d'un terrain qu'il souhaite vendre et sur lequel une installation autorisée ou enregistrée a été exploitée. A ce titre il est tenu d'informer l'acquéreur par écrit du fait que son terrain a été l'assiette d'une installation classée. La jurisprudence a une lecture très stricte de ces dispositions, la Cour de cassation énonçant que « *lorsqu'une installation soumise à autorisation a été exploitée sur un terrain, le vendeur de ce terrain est tenu d'en informer par écrit l'acheteur ; il l'informe également pour autant*

⁴⁷⁵ Loi n° 2003-699 du 30 juillet 2003 relative à la prévention des risques technologiques et naturels et à la réparation des dommages.

qu'il les connaît, des dangers ou inconvénients importants qui résultent de l'exploitation »⁴⁷⁶. Dans cet arrêt cité, la Cour a jugé que le vendeur ne pouvait s'exonérer de l'obligation d'informer lui incombant, en raison de la connaissance par l'acquéreur de l'existence de cette installation sur la parcelle acquise. En effet, l'acheteur qui invoquait ici l'article L. 514-20 du Code de l'environnement était précisément la ville sur le terrain de laquelle l'ICPE en cause avait été exploité, ce qui impliquait qu'elle avait bien connaissance de l'existence de cette installation. La Cour sanctionne néanmoins le défaut de respect du formalisme de cette information.

Le vendeur doit communiquer deux types d'informations. Le premier tient à l'existence par le passé de l'installation : il s'agit là pour le vendeur d'une obligation de résultat. La seconde tient aux inconvénients et dangers pouvant en résulter pour autant qu'il les connaisse : il s'agit là d'une obligation de moyens.

420. Les sanctions prévues en cas de défaut d'information — Le respect de cette délivrance d'information est particulièrement important pour le vendeur dès lors qu'en vertu de l'article L. 514-20 du Code de l'environnement, *« l'acheteur a le choix (en cas de défaut de l'obligation d'information) de poursuivre la résolution de la vente ou de se faire restituer une partie du prix ; il peut aussi demander la remise en l'état du site aux frais du vendeur, lorsque le coût de cette remise en l'état ne paraît pas disproportionné par rapport au prix de vente »*. De plus, le juge sanctionne avec rigueur le défaut d'information.

II : Les obligations du propriétaire non exploitant lors de la revente d'un terrain pollué

421. La détermination des obligations mises à la charge du propriétaire non exploitant à l'occasion de la cession — Le législateur a mis à la charge du propriétaire non exploitant un ensemble d'obligations procédant tant de la vente du terrain (A) que de sa dépollution (B).

⁴⁷⁶ Voir en ce sens : Cass. 3^{ème} civ., 12 janvier 2005, *Bull. civ.* 2005, III, n° 8 ; *JCP. N* 2005, 1380, note Dagot ; *AJDA* 2005, p. 421 ; note Wertenschlag.

A : Les obligations en matière de vente

422. Les sources de la législation inhérente aux ICPE — Les obligations en matière de vente sont à rechercher au sein de la législation spécifique aux ICPE (1) et au titre du droit commun du Code civil (2).

1 : Les obligations spécifiques aux ICPE

423. Une obligation spécifique pour les ICPE soumises à déclaration et les installations non classées dans le cadre de la loi Grenelle II — Le vendeur d'un bien immobilier sur lequel a été exploitée une ICPE est tenu par une obligation spécifique d'information au regard de l'article L.514-20 du Code de l'environnement. La loi du 12 juillet 2010⁴⁷⁷, dite « Grenelle II », a étendu considérablement la portée de cette obligation et a introduit au sein du code précité l'article L. 125-7 disposant que « *Il (le vendeur) communique les informations rendues publiques par l'État, en application du même article L.125-6⁴⁷⁸. L'acte de vente ou de location atteste de l'accomplissement de cette formalité. À défaut et si une pollution constatée rend le terrain impropre à sa destination précisée dans le contrat, dans un délai de deux ans après la découverte de la pollution, l'acheteur ou le locataire a le choix de poursuivre la résolution du contrat ou, selon le cas, de se faire restituer une partie du prix de vente ou d'obtenir une réduction du loyer ; l'acheteur peut aussi demander la remise en état du terrain aux frais du vendeur lorsque le coût de cette remise en état ne paraît pas disproportionné au prix de vente. Un décret en Conseil d'État définit les modalités d'application du présent article* ».

424. L'obligation d'élaborer un état de la pollution des sols pour les ICPE les plus dangereuses — L'article L.512-18 du Code de l'environnement dispose que « *l'exploitant d'une installation classée relevant des catégories visées à l'article L. 516-1 est*

⁴⁷⁷ Loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement.

⁴⁷⁸ L'article L. 125-6 dispose que « *l'État rend publiques les informations dont il dispose sur les risques de pollution des sols. Ces informations sont prises en compte dans les documents d'urbanisme lors de leur élaboration et de leur révision. Un décret en Conseil d'État définit les modalités d'application du présent article* ».

tenu de mettre à jour à chaque changement notable des conditions d'exploitation un état de la pollution des sols sur lesquels est sise l'installation (...). Le dernier état réalisé est joint à toute promesse unilatérale de vente ou d'achat et à tout contrat réalisant ou constatant la vente des terrains sur lesquels est sise l'installation classée». Il ressort de ce texte qu'il existe une obligation pour l'exploitant d'une telle ICPE, laquelle consiste à tenir à jour un état de pollution des sols. Ce dernier doit par ailleurs être joint à toute promesse ou toute vente.

2 : Les obligations de droit commun au titre du Code civil

425. Le contenu du droit commun de la vente — Qu'il soit le dernier exploitant de l'installation qui y a été implantée ou pas, le propriétaire vendeur du terrain doit également respecter le droit commun de la vente. À ce titre, il est tenu par un ensemble d'obligations. Ainsi, l'article 1602 du Code civil pose-t-il une obligation générale d'information à la charge du vendeur : *« le vendeur est tenu d'expliquer clairement ce à quoi il s'oblige. Tout pacte obscur ou ambigu s'interprète contre le vendeur*». Dès lors, le vendeur doit fournir à l'acheteur toutes les informations susceptibles d'influencer sa décision. Le défaut d'information est constitutif d'un dol. Il s'agit d'une action visant à la nullité de la vente et non en l'obtention de dommages et intérêts. Pour ce faire, il faut prouver que le vendeur avait connaissance du vice. De plus, l'article 1603 du code précité dispose que le vendeur *« a deux obligations principales, celle de délivrer et celle de garantir la chose qu'il vend*». Il doit donc livrer une chose conforme aux prescriptions contractuelles. Le recours est possible même si le défaut de conformité ne rend pas la chose impropre à sa destination. Enfin, l'article 1641 du même code dispose que *« le vendeur est tenu de la garantie à raison des défauts cachés de la chose vendue qui la rend impropre à l'usage auquel on la destine, ou qui diminue tellement cet usage, que l'acheteur ne l'aurait pas acquise, ou n'en aurait donné qu'un moindre prix, s'ils les avaient connus »*. Un vice caché est un défaut de la chose vendue qui ne se révèle pas au premier examen, mais qui la rend impropre à l'usage auquel l'acheteur la destinait ou à tout le moins qui en diminue fortement l'usage. La Cour de cassation a pris le soin de distinguer les différents cas. Elle a mentionné que le défaut de conformité de la chose vendue à sa destination normale constituait un vice au sens de l'article précité. La pollution d'un terrain pouvant être considérée comme un vice caché⁴⁷⁹, l'acquéreur ne pourra en principe agir que sur

⁴⁷⁹ Voir en ce sens : Cass. 3^{ème} civ., 19 décembre 2001, n° 00-12.022, *inédit*.

le terrain de l'article 1641 du Code civil⁴⁸⁰. Néanmoins, il convient de rappeler que la connaissance avérée ou supposée du vice par les parties peut tempérer la caractérisation d'un vice caché. En effet, l'acquéreur qui « *ne pouvait ignorer que le terrain était sérieusement pollué* » ne peut se prévaloir d'un vice caché⁴⁸¹ selon la haute juridiction. En l'espèce, l'acheteur qui agissait en garantie des vices caches avait acquis le terrain « *en état de friche industrielle* », ce qui impliquait qu'il avait nécessairement connaissance du vice. De plus, les professionnels sont présumés connaître les vices qui affectent la chose. Dès lors, ils ne peuvent se décharger de leur responsabilité par une clause de non-garantie lorsqu'ils traitent avec un non-professionnel. S'ils contractent entre professionnels, une telle clause est valable, mais elle pourra être mise en échec par la preuve de la connaissance du vice caché par le vendeur ; L'acquéreur agissant en garantie des vices cachés aura alors la possibilité de demander des dommages et intérêts (le montant des travaux de dépollution par exemple) ou de demander la résolution de la vente.

B : Les obligations de dépollution

426. Les conditions de l'obligation de dépollution mise à la charge du propriétaire non exploitant — En matière de dépollution, aucune obligation de remise en l'état n'est mise à la charge du propriétaire non exploitant (1). Il peut cependant se voir contraint de réaliser une opération de dépollution en vertu de la mise en œuvre de pouvoirs de police généraux en cas de dangers immédiats que représenterait ladite pollution (2) ou en vertu de la mise en œuvre de pouvoirs de police spéciaux au titre des déchets (3).

⁴⁸⁰ En invoquant également un dol sur le fondement de l'article 1116 du Code civil qui dispose que « *le dol est une des causes de nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles, qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté. Il ne se présume pas, et doit être prouvé* » s'il est prouvé que le vendeur a volontairement dissimulé des informations.

⁴⁸¹ Voir en ce sens : Cass. 3^{ème} civ., 10 septembre 2008, n° 07-17.086, *inédit*.

1 : L'absence d'obligation de remise en l'état à l'égard du propriétaire non exploitant

427. Le principe tenant en une absence d'obligation de remise en l'état du terrain d'emprise de l'immeuble cédé en cas de pollution — Il est de jurisprudence constante que le propriétaire non exploitant d'un terrain sur l'emprise duquel ont été exploitées des installations classées ne peut, en sa seule qualité, être rendu responsable de la dépollution du site⁴⁸². Ce propriétaire doit seulement remplir son obligation d'information. Il se peut que dans ce cadre il fasse procéder à la réalisation d'études de sols et de diagnostic pour avoir une connaissance éclairée de l'état du sol et du sous-sol qu'il vend, mais la réglementation inhérente aux ICPE ne lui impose pas d'autres démarches. Néanmoins, d'autres législations issues des polices du Maire peuvent se révéler applicables.

2 : La mise en œuvre de pouvoirs de police généraux en cas de danger immédiat

428. De la notion de « danger immédiat » et de son incidence en matière de contraintes à réaliser une dépollution du terrain d'emprise de l'immeuble pour le propriétaire non exploitant — Outre le pouvoir de police spéciale, le maire dispose d'un pouvoir de police générale défini par l'article L. 2212-4 du Code général des collectivités territoriales, lui permettant d'agir à l'encontre du propriétaire d'un terrain pollué. Ainsi, « *en cas de danger grave ou imminent, tel que les accidents naturels prévus au 5° de l'article L. 2212-2, le maire prescrit l'exécution des mesures de sureté exigées par les circonstances. Il informe d'urgence le représentant de l'État dans le département afin de lui faire connaître les mesures qu'il a prescrites* ». En conséquence, si sont entreposés des déchets provenant de l'exploitation d'une ancienne ICPE et pouvant être de nature à produire des effets nocifs sur l'environnement, le propriétaire pourra être mis en cause en qualité de détenteur des déchets sur le terrain, ou en raison du danger grave et imminent qu'il fait courir.

⁴⁸² Voir en ce sens : CE, 21 février 1997, « SCI Les Peupliers », req. n° 160250, *Rec. Lebon*, p. 951.

429. Du cas spécifique de la pollution causée par des déchets et de la remise en l'état du site — Dans tous les cas, le propriétaire d'un terrain sur lequel se trouvent des déchets peut avoir l'obligation de les éliminer. En tant que détenteur actuel des déchets et indépendamment des questions d'exploitation effective des installations classées, le propriétaire du site pollué peut ainsi être saisi par la législation particulière des déchets qui confère à l'autorité administrative (en l'occurrence le maire) des pouvoirs de police spéciaux. L'article L.541-1 du Code de l'environnement énonce qu'« *est un déchet (...) tout résidu d'un processus de production, de transformation ou d'utilisation, toute substance, matériau, produit ou plus généralement tout bien meuble abandonné ou que son détenteur destine à l'abandon* ». Le juge ne considère cependant pas le site pollué comme étant lui-même un déchet, mais leur présence justifie l'application de la loi sur les déchets et la mise en cause de leur détenteur. L'article L.541-2 du code précité précise que « *toute personne qui détient des déchets dans des conditions de nature à produire des effets nocifs sur le sol, la flore et la faune, à dégrader les sites ou les paysages, à polluer l'air ou les eaux, ou à engendrer des bruits et des odeurs et d'une façon générale, à porter atteinte à la santé de l'homme et de l'environnement, est tenue d'en assurer ou d'en faire assurer l'élimination dans des conditions propres à éviter lesdits effets* ». Cet article est complété par les dispositions de l'article L.541-3 du Code de l'environnement. Il prévoit que dans le cas où les des déchets sont abandonnés, déposés ou traités non conformément aux lois et règlements pris en vigueur et après mise en demeure, l'autorité titulaire du pouvoir de police des déchets peut assurer d'office l'exécution des travaux nécessaires aux frais du responsable.

Conclusion du Chapitre 2

Méthodologie d'audit de la data-room

430. L'analyse du contenu de la data-room — L'analyse du contenu de la data-room permet aux candidats-acquéreurs de couvrir l'ensemble des risques opérationnels corrélés à la nature immobilière du bien objet de la vente. Il leur appartient de les identifier et d'en tirer les conséquences au regard de la détermination du prix d'acquisition. Pour ce faire, il est nécessaire qu'ils opèrent un *distinguo* entre ceux qui obèreront la valeur de l'immeuble de façon significative et les autres - risques mineurs. En effet, pour les candidats, il résulte du « jeu de la négociation » et du risque d'investissement entourant toute transaction, la réalisation d'une plus ou moins une « bonne affaire ». Elle sera fonction du retraitement dans le prix d'acquisition des risques opérationnels mineurs qui ne sont pas de nature à affecter sensiblement la valeur de l'immeuble. *A contrario* pour les risques opérationnels majeurs, c'est-à-dire ceux susceptibles d'entraîner son acquisition à un prix largement surévalué, par l'absence de prise en compte de la validité des autorisations de construire et d'exploiter, par une mauvaise revue des loyers et des charges ou par une non intégration dans le prix de la maîtrise du risque environnemental, il est impératif de suivre une méthodologie rigoureuse d'audit.

431. Le traitement du risque au regard de la stratégie d'investissement, mise des candidats-acquéreurs — Le traitement des facteurs de risques opérationnels majeurs lors de la valorisation de l'immeuble est une donnée fondamentale qui reflète la logique financière présidant à la réalisation de la vente immobilière. En effet, la procédure de data-room a accompagné la financiarisation du secteur immobilier dont elle est le mode de vente privilégié. Les candidats y cherchent moins à acquérir un immeuble au sens premier de ce terme (à savoir un bâtiment, une construction) que le revenu qu'il produit, c'est-à-dire la somme des loyers annuels perçus par le propriétaire. Ainsi, au sens économique, l'immeuble n'est-il réduit qu'à un support matériel permettant la perception de ce revenu. Il nous faut donc envisager le traitement de ces risques au regard de cette logique financière.

Leur découverte ne signifie pas forcément que le candidat-acquéreur renoncera à la vente, en effet selon sa stratégie d'investissement il aura à leur égard une plus ou moins

grande tolérance. De cette manière, la découverte de la non-conformité du permis de construire initial pourra s'apparenter à un empêchement complet dès lors que l'opération d'acquisition s'inscrivait dans une stratégie « Core »⁴⁸³ ou « Core + »⁴⁸⁴ (c'est-à-dire une opération basée sur l'acquisition d'un flux de loyer à un taux de rendement ou d'actualisation relativement bas, reflétant un couple rendement/risque faible). En règle générale, ces stratégies d'investissement développées par des investisseurs institutionnels sont fonction d'une aversion au risque. En revanche, dans le cadre d'une stratégie d'investissement basée sur la recherche d'une rentabilité élevée, à savoir l'obtention d'une plus-value en cas de revente à brève échéance, ce type de risque pourra être intégré dans la valorisation de l'immeuble et se traduira par un prix d'achat relativement faible. En définitive, la détermination du prix d'acquisition et la plus ou moins grande aversion des candidats-acquéreurs au risque opérationnel sera fonction de la stratégie d'investissement qui sera la leur. Ainsi, ces risques pourront-ils être traités comme s'opposant définitivement à la vente ; ou au contraire comme une aubaine dans le cadre d'une stratégie développant un couple rendement/risque élevé. L'acquéreur potentiel se faisant alors fort d'acheter l'immeuble à un prix relativement bas intégrant ce facteur majeur de risque qu'il pourra par la suite lever (dans notre exemple obtenir la conformité du permis de construire initial) pour le revendre net de risque et se mettre ainsi dans la position du vendeur d'un immeuble « Core ».

⁴⁸³ La stratégie d'investissement définie vise un couple rendement/risque proche de celui des emprunts d'État. Les performances attendues sont essentiellement liées aux revenus des loyers. Le recours à l'emprunt est faible et le rendement global espéré se situe en général entre 5 % et 10 % par an. Les OPCI « core » privilégient donc des investissements bénéficiant d'une localisation géographique attractive, garantissant des rendements locatifs stables (qualité des locataires, durée des baux, faible taux de vacance et de rotations).

⁴⁸⁴ Contrairement à la stratégie « core », les OPCI « Core » plus utilisent un niveau de levier plus important (entre 50 et 60 %). Le rendement global visé est donc supérieur à 10 % par an.

Conclusion du Titre 2

La valorisation de l'immeuble

432. De la constitution d'une data-room à l'occasion de la vente d'un immeuble et son fonctionnement — La notion de data-room, clef de voûte de la procédure portant son nom, est inconnue du droit français. Son fonctionnement relève de la volonté des parties et se traduit par la rédaction d'un contrat de négociation temporaire : le règlement de data-room. La pratique en a progressivement esquissé les contours, notamment à l'occasion du mouvement de dématérialisation ayant engendré le passage de la data-room physique à la data-room numérique. Ainsi le contenu de la data-room est-il devenu plus ou moins homogène au regard du degré de spécialisation des parties et de leur habitude d'être confrontées à ce type de procédure. Au-delà de la casuistique propre à chaque opération, les candidats à l'acquisition pourront s'attendre à retrouver un socle minimal d'information à l'ouverture de la data-room, leur permettant de valoriser l'immeuble par l'emploi de méthodologies basées sur son revenu. Dans le même sens, un ensemble de principes directeurs inhérents au fonctionnement se sont imposés : ils traduisent d'une part la professionnalisation croissante de l'investissement dans le secteur de l'immobilier, et d'autre part la volonté pour les parties d'y inclure une forte composante de sécurité aussi bien juridique qu'économique. Dès lors que l'une des parties viendrait à manquer à ce principe fondamental de sécurité justifiant à lui seul le recours à une telle procédure, il s'exposerait à une sanction tant juridique (sur le fondement notamment du règlement de data-room ou le cas échéant du droit commun de la responsabilité civile ou pénale) qu'économique (par son exclusion de la procédure dont les conséquences financières peuvent être lourdes au regard des frais engagés). Aujourd'hui, sa constitution et son fonctionnement relèvent de la pratique notariale qui s'assurera de récupérer et d'apprécier la conformité d'un ensemble de documents qui devront nécessairement y être produits. Les notaires sont ainsi devenus les spécialistes de la constitution de data-room dont ils assurent le fonctionnement durant toute la procédure. Ils seront amenés à y adjoindre les nouveaux documents transmis par le vendeur, voire à répondre aux questions des candidats à l'acquisition dès lors qu'elles porteraient sur un de leurs domaines de compétence.

433. La valorisation de l'immeuble et le traitement des différents risques opérationnels — La data-room permet aux candidats-acquéreurs de déterminer les risques opérationnels afférents à chacune des composantes de l'immeuble de façon à pouvoir produire une offre ferme d'achat à la clôture de la data-room. Cet exercice n'est pas simple, tout d'abord parce que l'identification de ces différents risques nécessite de maîtriser un foisonnement de normes juridiques, ensuite parce que ces mêmes risques ne seront pas évalués de la même manière en fonction de la stratégie d'investissement pour laquelle le candidat-acquéreur aura opté. En tout état de cause (et quel que soit la stratégie choisie), il est donc nécessaire de standardiser cette étape et de suivre une méthodologie d'audit axée autour des autorisations de construire et d'exploiter, de la détermination du revenu de l'immeuble, et de sa situation environnementale notamment au regard de l'exploitation sur le terrain d'emprise de l'immeuble d'une ICPE.

Conclusion de la Partie 1

La maîtrise du risque lors de la phase précontractuelle

434. La procédure de data-room permet une maîtrise relative des risques juridiques et opérationnels — La maîtrise du risque tant juridique qu'opérationnel lors de la phase précontractuelle considérée dans le cadre strict des négociations initiées à l'occasion de la procédure de data-room peut être relativement atteinte et contribue ce faisant à expliquer son plébiscite auprès des professionnels de l'investissement immobilier.

Afin d'identifier le risque juridique et de proposer des pistes constructives en vue de l'apprivoiser, il nous a fallu identifier le régime juridique de la période précontractuelle. Celui-ci est agencé autour de plusieurs ordres de responsabilité correspondant chacun à la sanction d'une faute particulière et s'articulant parfois entre eux selon des règles bien définies (comme par exemple dans le cadre de l'option entre la responsabilité délictuelle et la responsabilité contractuelle). La responsabilité civile délictuelle aura vocation à sanctionner la faute de négociation, tandis que la responsabilité pénale pourra être recherchée pour sanctionner les comportements les plus graves. Force est de constater que les parties ne se satisfont pas de ce régime pour plusieurs raisons. D'une part, ces deux ordres de responsabilité tendent à doter la procédure de data-room d'un régime trop général ne correspondant pas à l'encadrement « sur mesure » qu'elle requiert. D'autre part, les conditions de mise en œuvre de ces différentes responsabilités ne sont pas toujours compatibles avec la finalité de la procédure de data-room. Ainsi, les parties ont-elles opté pour la contractualisation des pourparlers de façon à pouvoir prendre en considération la casuistique propre à chaque vente d'immeuble. Elles pourront se faisant définir leurs obligations respectives et les sanctions qui y seront afférentes par le biais de contrats préparatoires.

Dans un second temps, la pratique a entraîné l'émergence de principes directeurs inhérents à la constitution de la data-room, véritable clef de voûte de cette procédure. Ceux-ci ont permis de mieux encadrer d'une part sa constitution et d'autre part l'analyse de son contenu. L'élaboration méthodologie d'audit propre à identifier les différents risques opérationnels propre à l'immeuble doit permettre aux candidats-acquéreurs de se prémunir contre une mauvaise évaluation du prix d'acquisition qu'ils proposeront au vendeur lors de sa clôture.

Partie 2 : La maîtrise du risque et de la phase contractuelle

Partie 2 : La maîtrise du risque lors de la phase contractuelle

435. La phase contractuelle : de la promesse à l'acte authentique — Lors de la procédure de data-room, la phase contractuelle marque l'aboutissement d'un processus de négociation initié par les parties depuis de longues semaines, voire depuis de longs mois. Elle se caractérise par un changement notable : le passage d'un mode de fonctionnement multipartite à une relation bipartite entre le vendeur et le candidat-acquéreur de son choix. Elle débutera presque toujours par la signature d'une promesse (qui pourra être de vente ou d'achat) et s'achèvera par celle de l'acte authentique. Bien que le recours à la promesse de vente ne soit pas obligatoire, (les parties pouvant s'en dispenser) force est de constater que la procédure de data-room les plébiscite. Nous avons délibérément choisi de les incorporer dans ce développement et non de les aborder dans la partie dédiée à la phase précontractuelle : bien qu'elles ne se confondent pas avec l'acte de vente, elles pourront former la vente définitive sous certaines conditions. La signature de la promesse engageant les parties, la finalité de la procédure de data-room (à savoir la réalisation de la vente) est donc atteinte avant même la conclusion de l'acte définitif.

436. La phase contractuelle permet la minimisation du risque opérationnel tout en induisant un risque juridique nouveau procédant de son régime — Tout comme nous avons pu le faire précédemment à l'occasion des pourparlers, il nous faudra aborder la phase contractuelle en considération de la notion de risque. En effet, de par l'analyse qu'il aura faite du contenu de la data-room, l'acquéreur potentiel aura mis à jour un ensemble de risques opérationnels propres à l'immeuble. La phase contractuelle devra donc être dévolue à la minimisation de ces risques par l'emploi de la technique contractuelle. Néanmoins, force est de constater que pour arriver à ce résultat, les parties devront recourir à des conventions (promesse et acte authentique de vente) qui pourront engager leur responsabilité contractuelle en cas d'inexécution des obligations qu'elles mettent à leur charge. Partant, le traitement du risque apprécié lors de la phase contractuelle devra nécessairement prendre en compte cette dualité (acceptation d'un risque juridique nouveau en vue de maîtriser de façon efficiente le risque opérationnel). Il nous faudra donc, au regard de cet axe de réflexion, analyser la phase contractuelle à la lumière de la promesse (**Titre I**) puis à travers le prisme de l'acte de vente définitif (**Titre II**).

Titre I : Les promesses de vente

437. La promesse unilatérale de vente analysée en considération de la notion de risque — Lors de la clôture de la data-room, le vendeur aura reçu les offres fermes des candidats à l'acquisition et aura ainsi pu choisir celui d'entre eux avec qui il poursuivra la réalisation de la vente. La négociation sera alors formalisée par le biais d'une promesse (bien qu'en de très rares occasions les parties signent directement l'acte de vente) qui aura pour objet d'éviter, qu'au nom du principe de la liberté contractuelle, l'une des parties renonce à poursuivre plus en amont la procédure.

Le recours à la rédaction d'une promesse en matière de vente d'immeuble a connu un développement considérable depuis le début du XX^{ème} siècle s'expliquant notamment par la complexité croissante de certaines ventes immobilières modernes (en raison des études qu'elles nécessitent ou de l'obtention de certaines autorisations administratives conditionnant la réalisation de la vente...). Dans le cadre de la vente d'immeuble réalisée par le biais d'une procédure de data-room, la promesse échangée par les parties pourra être soit unilatérale soit synallagmatique. La différence entre ces deux avant-contrats tient au fait que seule la première de ces deux conventions décompose véritablement la formation de la vente en opérant un décalage sur le moment où chacun donne son consentement. Celui du promettant sera formulé dès la signature de la promesse, alors que celui du bénéficiaire ne sera donné que plus tard, à la levée de l'option. En revanche, dans la seconde où les deux parties sont d'ores et déjà engagées l'une envers l'autre (et ce dès la signature de la promesse), le contrat de vente sera déjà « scellé ». La vente ne pourra être empêchée que par des faits extérieurs à la volonté des parties.

L'intérêt du présent chapitre résidera non dans le fait de traiter les promesses de vente dans une perspective comparatiste en mettant en lumière leur différence de régime mais de les analyser en considération de la problématique plus globale du risque inhérent à la procédure de data-room. Partant, il nous appartiendra de mettre en exergue la dualité de ces conventions. En effet, celles-ci sont inclusives d'un risque juridique tenant au possible engagement de la responsabilité contractuelle des parties en cas d'inexécution des obligations qu'elles mettent à leur charge, mais elles sont également un puissant levier de maîtrise du risque opérationnel révélé à l'occasion de l'analyse de la data-room, notamment par la stipulation de conditions

suspensives. Ainsi, dans cet ordre d'idée aborderons-nous successivement cette double lecture du risque auquel seront confrontées les parties d'une part lorsqu'elles échangeront une promesse unilatérale de vente (**Chapitre I**), et d'autre part lorsqu'elles feront le choix de la promesse synallagmatique de vente (**Chapitre II**).

Chapitre 1 : La promesse unilatérale de vente

438. La promesse unilatérale et son rôle dans la maîtrise du risque lors de la procédure de data-room — Dans le langage courant, la promesse peut être définie comme l'expression d'une parole donnée que l'on doit respecter. La promesse unilatérale en est la traduction juridique : seule l'une des parties s'est engagée envers l'autre; durant tout le délai d'option, elle reste suspendue aux agissements de son partenaire qui pourra décider par sa seule volonté de former ou non la vente. Dès lors que les parties peuvent y recourir lors de la procédure de data-room, il nous faudra procéder à son analyse en la rattachant systématiquement à la problématique afférente au risque. Pour ce faire, nous l'aborderons selon un axe de réflexion double. En premier lieu, nous prendrons pour postulat qu'elle est un facteur de risque juridique pour les parties. En effet, celle-ci met à leur charge des obligations dont l'inexécution entrainera l'engagement de leur responsabilité contractuelle. En ce sens, celles-ci sont une source de responsabilité contractuelle supplémentaire à laquelle s'exposent les cocontractants. L'appréciation de ce risque juridique ainsi que son traitement passeront nécessairement par une analyse du fonctionnement de la promesse (**Section I**). En second lieu, partant du principe selon lequel les parties acceptent librement de conclure une promesse et donc de s'exposer à un facteur de risque supplémentaire, il nous faudra l'aborder au regard des avantages qu'elle leur procure afin de comprendre pourquoi celles-ci y ont recours. Ainsi démontrerons-nous que la promesse unilatérale peut être analysée comme un puissant levier de maîtrise du risque opérationnel. Pour mener à bien cette démonstration, il sera nécessaire de nous pencher sur le contenu de la promesse et de proposer un travail d'optimisation des clauses usuelles stipulées par les parties en accord avec les contraintes et les enjeux au sein de la procédure de data-room (**Section 2**).

Section 1 : Le fonctionnement de la promesse unilatérale de vente

439. La nature et le régime de la promesse unilatérale – Afin d’analyser le risque juridique procédant de l’engagement potentiel de la responsabilité contractuelle des parties sur le fondement des promesses unilatérales, il nous faudra, dans un premier temps, déterminer la nature de telles conventions (§1) puis leur régime (§2).

§1 : La nature juridique de la promesse unilatérale de vente

440. La nature juridique de la promesse est fonction de son éventuel rattachement à d’autres manifestations de volonté ou actes juridiques — Les promesses unilatérales n’ont pas été définies par le législateur. Il nous appartiendra donc d’en donner une définition générale (I) puis d’analyser si de telles conventions existent de façon autonome ou peuvent se rattacher à d’autres manifestations de volonté ou actes juridiques (II). Une fois ce travail effectué, nous en donnerons les principales caractéristiques (III).

I : La définition de la promesse unilatérale

441. La notion de « promesse unilatérale » et les avantages que son utilisation procure aux parties lors de la procédure de data-room – Il existe différents types de promesses unilatérales qu’il nous appartiendra de présenter (A) et d’analyser en considération des intérêts qu’elles procurent pour les parties (B).

A : Les différents types de promesses unilatérales

442. Des promesses unilatérales de vente et des promesses unilatérales d’achat — La définition de la promesse unilatérale nous amène à distinguer selon les deux types de promesses que sont d’une part les promesses unilatérales de vente (1) et d’autre part les promesses unilatérales d’achat (2).

1 : Les promesses unilatérales de vente

443. La définition de la promesse unilatérale de vente — La promesse unilatérale de vente est la convention par laquelle le promettant-vendeur s'engage à vendre un bien (en l'occurrence un immeuble commercial) à un bénéficiaire-acquéreur à des conditions déterminées. En acceptant la promesse, le bénéficiaire ne prend pas l'engagement d'acquérir. Il dispose en effet d'une option discrétionnaire lui permettant soit de conclure le contrat définitif de vente en acceptant l'offre contenue dans la promesse, soit de refuser la vente et de rendre alors au promettant sa liberté de céder l'actif à un tiers. Elle revient donc pour le promettant à s'engager à ne vendre le bien qu'au bénéficiaire pendant une certaine durée, lui assurant ainsi la primauté de la réalisation de la vente. Elle revêt un caractère nécessairement limité dans le temps dès lors qu'elle fait naître au profit du bénéficiaire un droit au maintien de l'offre qui ne peut être perpétuel. Le bien concerné se trouve immobilisé par la signature de la promesse en contrepartie d'une indemnité d'immobilisation qui restera due au promettant si le bénéficiaire décidait de ne pas lever l'option à l'expiration de la période stipulée.

La promesse unilatérale de vente est un contrat en principe consensuel, formé par le seul échange des consentements entre les parties. *A contrario*, les contrats réels nécessitent la remise de la chose prévue dans le contrat en plus de l'échange des consentements, et les contrats solennels imposent l'accomplissement de certaines formalités requises par la loi, les assujettissant à des conditions de forme particulières.

2 : La promesse unilatérale d'achat

444. La définition de la promesse unilatérale d'achat — Appelée indifféremment par la pratique offre d'achat, promesse unilatérale d'achat ou simplement offre de prix, cet avant-contrat est souvent présenté par les acquéreurs éventuels d'un bien immobilier au vendeur, afin de s'assurer de la primauté de la réalisation de la vente auprès de celui-ci. Elle correspond plus à la pratique des ventes immobilières conclues entre particuliers et portant sur des immeubles d'habitation qu'à la vente d'un immeuble réalisé par le biais d'une procédure de data-room. Dans une promesse unilatérale d'achat, le schéma est inversé; ainsi sa principale caractéristique est-elle d'engager uniquement l'acquéreur et non le vendeur. Elle peut être définie comme la convention par laquelle le promettant-acquéreur s'oblige envers le

bénéficiaire-vendeur à acheter un bien (l'immeuble commercial) à des conditions déterminées ou déterminables. En acceptant cette promesse, le bénéficiaire ne s'engage pas à vendre l'immeuble mais à réserver la primauté de la vente au promettant dans le cas où il déciderait de le céder. Le recours à la promesse unilatérale d'achat a été réglementé par le biais de la loi SRU du 13 décembre 2000⁴⁸⁵ qui interdit notamment la conclusion de ces avant-contrats lorsqu'ils s'accompagnent de tout type de prestations.

B : Le recours aux promesses unilatérales de ventes lors de la procédure de data-room

445. Le plébiscite des promesses unilatérales de vente au détriment des promesses unilatérales d'achat — Lors de la vente de l'immeuble, les parties peuvent juridiquement avoir recours à l'une ou l'autre de ces deux promesses unilatérales. Dans un premier temps, il nous faudra donc analyser (sans forcément les distinguer l'une de l'autre) ce que la promesse unilatérale au sens large procure comme avantages aux parties lors de la procédure de data-room **(1)**. Puis, il nous faudra les différencier afin de comprendre pourquoi la pratique a exclu les promesses unilatérales d'achat et a plébiscité celle de vente **(2)**.

I : L'intérêt des promesses unilatérales lors de la procédure de data-room

446. Les nombreux intérêts du recours à une promesse unilatérale – Les promesses unilatérales procurent aux parties plusieurs avantages lors de la procédure de data-room. D'une part, le bénéficiaire dispose d'un délai de réflexion avant de prendre la décision de lever l'option et donc de se retrouver contractuellement engagé à la réalisation de la vente. En effet, la formation du contrat définitif ne dépend que de sa seule volonté, le promettant s'étant d'ores et déjà engagé à vendre le bien immeuble. Ainsi pourra-t-il rechercher le meilleur montage financier pour l'opération envisagée durant ce délai qui lui est imparti pour se prononcer sur l'avenir du rapport contractuel. Il s'assurera que l'utilisation envisagée de la chose est possible, notamment en poursuivant les audits portant à titre d'exemple sur la

⁴⁸⁵ La loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000 article 72 a introduit dans le Code civil un nouvel article 1589-1 qui frappe de nullité « *tout engagement unilatéral souscrit en vue de l'acquisition d'un bien ou d'un droit immobilier pour lequel il est exigé ou reçu de celui qui s'engage un versement, quelle qu'en soit la cause et la forme* ».

constructibilité du terrain d'emprise de l'immeuble. De plus, les promesses unilatérales de vente ne sont pas assujetties au paiement des droits de mutation *a contrario* de la vente d'immeuble. Par conséquent, le recours aux avant-contrats permet de retarder le paiement des taxes tout en conférant au bénéficiaire la possibilité d'utiliser la chose comme si elle était déjà sienne.

2 : Le plébiscite des promesses unilatérales de vente

447. La préférence des parties pour les promesses unilatérales de vente — Une analyse de la pratique en matière de procédure de data-room nous révèle que, dans l'écrasante majorité des cas, les parties décident de recourir à la promesse unilatérale de vente et non à celle d'achat. Cette exclusion des secondes au profit des premières se comprend aisément au regard de la chronologie de cette procédure ainsi que des enjeux qui y sont afférents, notamment en matière de détermination du prix. Lors de la procédure de data-room, il incombe aux candidats-acquéreurs de déterminer la valeur de l'immeuble puis de la soumettre au vendeur par le biais d'une offre ferme d'achat. Ce dernier, réitérera alors son intention de céder son bien par le biais d'une promesse unilatérale par laquelle il acceptera les conditions de formation de la vente qui lui sont proposées. Le bénéficiaire-acquéreur étant bénéficiaire de la primauté de la vente, la procédure de data-room devient bipartite et lui permet de disposer d'une période de temps durant laquelle il affinera entre autres les conditions de l'éventuel montage financier nécessaire à l'acquisition. Dans le même sens, il pourra diligenter les dernières vérifications inhérentes à l'immeuble afin de s'assurer de l'opportunité de l'acquisition de l'immeuble commercial.

En revanche, si le promettant-acquéreur était à l'origine du rapport contractuel et qu'il émettait une promesse unilatérale d'achat, il serait définitivement engagé dans la procédure de vente et deviendrait tributaire de la volonté du vendeur qui pourrait la réaliser par la simple levée de l'option. Cet engagement précoce du candidat-acquéreur ne correspond pas à l'esprit de la procédure de data-room. En effet, le vendeur n'a pas besoin d'un délai de réflexion supplémentaire, sa volonté de vendre étant manifeste à chacune des étapes de la procédure de data-room dont il a l'initiative. Il n'est pas utile pour lui de disposer d'un temps de réflexion correspondant à la levée de l'option d'une promesse unilatérale d'achat dont il serait bénéficiaire. L'offre qui lui a été communiquée comprend le prix d'achat ainsi que les

conditions de réalisation de la vente. De ce fait, il n'a pas à effectuer d'autres vérifications en amont de la signature de l'acte authentique, par opposition au candidat-acquéreur qui voudrait mettre ce temps de réflexion à profit.

D'un point de vue pratique, la vente de l'immeuble réalisée par le biais de la procédure de data-room met toujours en présence des personnes morales qui auront la qualité de professionnels de l'immobilier : institutionnels, foncières, fonds de placements, banques, etc. La décision finale tenant à l'acquisition des immeubles commerciaux devra être prise collégialement dans le cadre de comités spécifiques autorisant cette opération. Partant, le temps imparti pour la levée de l'option permet au candidat (ou plus exactement au service acquisition de la société ayant candidaté à la vente) de soumettre la promesse aux différents comités (comité d'investissements, de direction ...) qui après analyse donneront leur aval pour la signature définitive de ce document. *A contrario*, le département de la société vendeuse s'étant occupé de l'organisation de la procédure aura obtenu en amont de la rédaction de la promesse de vente le droit de céder l'actif au prix et aux conditions qui y sont stipulés.

La pratique illustrant le recours systématique aux promesses de vente au détriment des promesses d'achat, nous ne traiterons dans le cadre des présents développements que de la première de ces deux catégories d'avant-contrats. Nous excluons donc du périmètre de nos travaux les promesses unilatérales d'achat qui ne relèvent que de la casuistique en matière de procédure de data-room.

II : Quid du rattachement de la promesse unilatérale de vente à d'autres manifestations de volonté ou actes juridiques

448. La promesse unilatérale de vente est-elle un contrat spécifique ou doit-elle être rattachée à d'autres manifestations de volonté ou actes juridiques ? –Il nous faut à présent déterminer la nature juridique de la promesse unilatérale de vente, laquelle n'a fait l'objet d'aucune définition de la part du législateur. Cette tâche a alors été dévolue à la doctrine : pour les auteurs, l'analyse de la nature de la promesse a consisté à la comparer à d'autres manifestations de volonté ou actes juridiques afin de percevoir si elle pouvait être rattachée à l'une ou l'autre de ces deux catégories ou si au contraire elle devait s'analyser comme étant un avant-contrat spécifique doté d'un régime qui lui serait propre. Pour ce faire,

les auteurs ont analysé cet avant-contrat en comparaison avec l'offre de vente (A), le contrat de vente (B) et la promesse synallagmatique (C).

A : La distinction entre la promesse unilatérale de vente, l'offre et le contrat préparatoire

449. Si la simple offre de vente et la promesse unilatérale de vente sont bien distinctes, celles-ci peuvent-elles néanmoins être rattachées aux actes juridiques que sont les contrats préparatoires ? - Il est manifeste qu'une fois l'option levée par le bénéficiaire, l'offre contenue dans la promesse est une « offre contractuelle » et non une « simple offre de contracter » (1). A notre sens, un contrat ayant bien été conclu, il faut alors identifier si celui-ci est constitutif d'un contrat préparatoire (2).

1 : La distinction entre la promesse unilatérale de vente et l'offre

450. L'acceptation de la promesse donne naissance à une offre irrévocable distincte de la simple sollicitation — Dès lors que le bénéficiaire a accepté la promesse unilatérale de vente, il dispose immédiatement d'un droit éventuel : celui de conclure le contrat définitif en levant l'option qui lui a été consentie. Cependant, cette acceptation n'induit pas pour lui d'obligation de conclure le contrat de vente, dès lors qu'il pourra toujours renoncer à lever l'option. En revanche, elle va avoir pour effet de lier le promettant qui, pour sa part, sera d'ores et déjà engagé par la promesse qu'il a émise. Ainsi, l'acceptation de la promesse, analysée comme étant constitutive d'une offre irrévocable, va-t-elle donner naissance à l'avant-contrat et distinguer « offre simple » et « promesse unilatérale de vente ». Sans cette acceptation, il n'y aurait qu'une sollicitation n'ayant pas la valeur d'un engagement unilatéral, pouvant être rétractée avec pour seule conséquence la réparation du préjudice qui pourrait en résulter. Une fois acceptée, la promesse unilatérale de vente est un contrat irrévocable. Bien que majoritaire au sein de la doctrine, cette analyse est toutefois critiquée par certains auteurs dont Mme Bénac-Schmidt⁴⁸⁶, qui estime que l'objectif poursuivi par la promesse devrait être tout autre, à savoir ne créer un droit qu'au seul profit du bénéficiaire en lui permettant de réaliser la vente par la levée de l'option.

⁴⁸⁶ Voir en ce sens : F. BENAC-SCHMIDT, *Le contrat de promesse unilatérale de vente*, LGDJ, Paris, 1983.

2 : La distinction entre la promesse unilatérale de vente et les contrats préparatoires

451. La promesse de vente en tant qu'avant-contrat et son exclusion du champ d'application de l'article 1589 du Code civil — La finalité préparatoire ou non de la promesse unilatérale de vente par rapport au contrat de vente définitif a été débattue à de nombreuses reprises⁴⁸⁷. L'intérêt de ces discussions était de savoir si, en tant que contrat préparatoire au contrat de vente définitif, l'article 1451 du Code civil⁴⁸⁸ était applicable aux promesses unilatérales de vente. En droit français, il est admis que la promesse de vente est un avant-contrat. Toutefois, l'article 1589 du Code civil dispose que « *la promesse de vente vaut vente, lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix* ». Il ne lui est pas applicable dès lors qu'à ce stade, il n'y pas encore eu de matérialisation de la rencontre des consentements. En effet, étendre le champ d'application de l'article 1589 à la promesse unilatérale de vente signifierait que celle-ci entraînerait les même effets que la vente (et notamment le transfert de propriété de la chose) sans que la vente n'ait été conclue à proprement parler.

B : La distinction entre la promesse unilatérale de vente et la vente

452. La distinction entre la promesse unilatérale de vente, la vente définitive et la vente sous conditions suspensives — La formation de la promesse unilatérale de vente est sensiblement similaire à celle de la vente. Partant, se pose la question de l'analogie entre ces

⁴⁸⁷ Voir en sens : G. AZEMA, *Promesse et compromis de vente*, 6^{ème} éd., Delmas, Paris, 1997 ; P. DELOMMEZ, *Des promesses unilatérales de ventes d'immeubles*, Thèse, Lille, 1947 ; A. LAPEYRE, *La promesse de vente*, Litec, Paris, 1975.

⁴⁸⁸ L'article 1451 du Code civil dispose que « *les conventions passées en application de l'article 265-2 sont suspendues, quant à leurs effets, jusqu'au prononcé du divorce ; elles ne peuvent être exécutées, même dans les rapports entre époux, que lorsque le jugement a pris force de chose jugée. L'un des époux peut demander que le jugement de divorce modifie la convention si les conséquences du divorce fixées par ce jugement remettent en cause les bases de la liquidation et du partage* ». L'article 265-2 auquel il est fait mention vise les conventions passées par l'un des époux pendant la procédure de divorce pour la liquidation et le partage de leur régime matrimonial.

deux notions. Nous verrons alors que la promesse unilatérale de vente se distingue tant de la vente définitive (1) que de la vente sous conditions suspensives (2).

1 : La distinction entre la promesse unilatérale de vente et de la vente définitive

453. La cause de l'obligation des parties en tant que critère de distinction entre la vente définitive et la promesse unilatérale de vente — La différence entre la promesse unilatérale de vente et la vente définitive tient à la cause de l'obligation des parties. En effet, dans le cadre de la promesse, l'engagement du promettant a pour contrepartie le paiement par le bénéficiaire d'une somme d'argent ou l'accomplissement d'une prestation quelconque. Celui du bénéficiaire a pour contrepartie la promesse du promettant qui s'analyse comme l'engagement de maintenir l'offre de façon irrévocable. *A contrario* dans le contrat de vente, l'obligation du vendeur a pour contrepartie le paiement du prix de la chose et celle de l'acheteur est le transfert de sa propriété ainsi que sa livraison. Dans le même ordre d'idées, une autre différence s'opposant à l'analogie entre ces deux notions tient à la nature du droit dont le bénéficiaire est titulaire. Dans le cadre de la promesse, il s'analyse comme un droit de créance alors que dans le cadre de la vente il s'analyse comme un droit réel. Il est donc manifeste que la promesse de vente n'est pas le contrat de vente définitif. Cependant, peut-elle être assimilée à une vente sous conditions suspensives ?

2 : La distinction entre la promesse unilatérale de vente et la vente sous conditions suspensives

454. Le consentement des parties en tant que critère de distinction entre la promesse unilatérale de vente et la vente sous conditions suspensives - Le postulat de l'analogie entre la promesse et la vente conditionnelle serait le suivant : la promesse serait la vente définitive assortie d'une condition suspensive tenant à la levée de l'option par le bénéficiaire. Dès lors que la promesse est inclusive de tous les éléments du contrat définitif, la levée de l'option postérieurement à la réalisation de la condition suspensive réputerait la vente formée dès la conclusion de la promesse. Cependant, force est de constater qu'antérieurement à la levée de l'option il est impossible de considérer que le contrat définitif soit formé. Il n'existe qu'un avant-contrat dont l'objet tient au maintien de l'offre pendant une certaine

durée. Le consentement du bénéficiaire à la vente fait manifestement défaut, celui-ci n'ayant accepté que la promesse. En effet, il est impossible de considérer que le consentement de l'une des parties soit apprécié comme une simple condition suspensive, dès lors qu'il s'agit d'un des éléments nécessaire à la formation du contrat en considération du droit des obligations.

C : La distinction entre la promesse unilatérale de vente et la promesse synallagmatique de vente

455. La réalisation de la vente en tant que critère de distinction entre la promesse unilatérale de vente et la promesse synallagmatique de vente — Le droit français distingue théoriquement les promesses unilatérales des promesses bilatérales⁴⁸⁹. Cette différenciation se fonde sur le constat suivant : en présence d'un engagement émanant du seul promettant et d'une liberté du bénéficiaire tenant à sa faculté d'acheter ou non le bien, il s'agit d'une promesse unilatérale de vente. En revanche, si les parties ont convenu d'acheter pour l'une et de vendre pour l'autre, il s'agit d'une promesse synallagmatique. Dans le cadre de la promesse unilatérale, seul le promettant peut exiger la réalisation de la vente ; dans la promesse synallagmatique les deux parties peuvent demander réciproquement la réalisation du contrat. Il est à noter toutefois que si les parties pouvaient conclure des promesses unilatérales réciproques (aussi appelées « promesses croisées » par la pratique) à travers lesquelles elles s'étaient engagées l'une à acheter et l'autre à vendre, la jurisprudence a cependant invalidé un tel montage⁴⁹⁰, puisque, depuis un arrêt en date du 22 novembre 2005, la Cour de cassation⁴⁹¹ a décidé d'assimiler les promesses croisées à une promesse synallagmatique.

⁴⁸⁹ Aussi dénommée promesse synallagmatique.

⁴⁹⁰ Voir en ce sens : CA Douai, 15 juin 1992, *D.* 1993, p. 257, note J. Moury. « Lorsque par l'effet combiné, d'une part, d'une promesse de vente avec faculté de lever l'option pour l'acquéreur et d'autre part, de la promesse d'achat avec faculté de lever l'option en faveur du vendeur, chacun des partenaires a la faculté de contraindre l'autre à réaliser la vente en levant l'option dans les conditions et délais prévus contractuellement, cet engagement réciproque n'est donc pas définitif, ce qui aurait pour effet de rendre la vente parfaite, mais reste dépendant d'une levée de l'option émanant de l'un ou l'autre des contractants ».

⁴⁹¹ Voir en ce sens : Cass. com., 22 novembre 2005, *Bull. civ.* 2005, IV, n° 165 ; *JCP. E* 2005, n° 236, note S. Raby.

En définitive, force est de constater que la promesse unilatérale de vente ne s'apparente à aucune manifestation de volonté ni à aucun contrat. Elle est bien un contrat spécifique dont il nous faut appréhender les caractéristique.

III : Les caractéristiques de la promesse unilatérale de vente

456. La spécificité de la promesse unilatérale de vente : consensualisme et unilatéralité — Dans un arrêt du 26 novembre 1935 émanant de la Chambre des requêtes, il a été admis que « *la promesse unilatérale n'a pas pour effet de transmettre à celui qui en est bénéficiaire ni la propriété, ni aucun droit immobilier sur le bien qui en est l'objet* »⁴⁹². La promesse unilatérale de vente ne transfère en aucune façon la propriété du bien, pas plus qu'elle ne donne naissance à une obligation de donner. Elle ne fait que conférer au bénéficiaire un droit d'option que la doctrine analyse comme un droit de créance. Ce droit illustre la nature spécifique de cette promesse comprise comme un contrat autonome, quand bien même elle reste régie par l'ensemble des règles du droit des obligations. Les principales caractéristiques de cette convention sont d'une part le consensualisme (A) et d'autre part son unilatéralité (B).

A : Le consensualisme de la promesse unilatérale de vente

457. Les tempéraments aux principes du consensualisme — Au regard l'article 6 du Code civil⁴⁹³, tout contrat est valable à la condition qu'il ne déroge ni à l'ordre public ni aux bonnes mœurs. Ainsi, dès lors qu'elle satisfait à cette exigence, la promesse unilatérale de vente peut-elle être valablement utilisée par les parties qui en détermineront librement tant le contenu que la forme. Pourtant, si elle est en principe un contrat consensuel, un certain nombre de tempéraments vient en limiter la portée. En effet, dans certaines hypothèses, le législateur a souhaité restreindre la faculté pour les parties de déterminer librement le fond ainsi que la forme de la promesse unilatérale de vente. En premier lieu, nous pouvons citer la loi du 3

⁴⁹² Cass. Req, 26 novembre 1935, *DP*. 1936, I., p.37, obs G. Pilon.

⁴⁹³ L'article 6 du Code civil dispose que l' « *on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* ».

janvier 1967⁴⁹⁴ interdisant aux parties de recourir à toute promesse autre que les contrats préliminaires lors des ventes d'immeubles à construire. En second lieu, la loi du 31 décembre 1976⁴⁹⁵ introduite dans l'article L 316-3⁴⁹⁶ du Code l'urbanisme, proscriit la rédaction de tout type de promesse antérieurement à la délivrance d'un arrêté de lotissement par l'autorité administrative compétente. Enfin, la loi du 13 juillet 1979⁴⁹⁷ relative à la protection des emprunteurs dans le domaine immobilier, étend son champ d'application aux promesses unilatérales de vente comportant une condition suspensive tenant à l'obtention d'un prêt.

L'ancien article 1840 A du Code général des impôts (CGI)⁴⁹⁸ disposait que la promesse unilatérale de vente rédigée tant par acte authentique que par acte sous seing privé devait obligatoirement faire l'objet d'un enregistrement dans un délai de dix jour à peine de nullité absolue. Le champ d'application de cette obligation englobait tant les immeubles que les fonds de commerce, droits immobiliers, et droits au bail portant sur tout au partie d'un immeuble ou sur des titres de sociétés visés aux articles 728 et 1655 ter du code précité. Cette disposition avait pour objectif initial de lutter contre la fraude consistant pour un intermédiaire à se faire

⁴⁹⁴ L'article 11 de la loi n° 67-3 du 3 janvier 1967 relative aux ventes d'immeubles à construire et à l'obligation de garantie à raison des vices de construction, modifiée par la Loi 67-547 1967-07-07 art. 6 JORF 9 juillet 1967 dispose: « *La vente prévue à l'article 6 ci-dessus 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. (...)Ce contrat doit comporter les indications essentielles relatives à la consistance de l'immeuble, à la qualité de la construction et aux délais d'exécution des travaux ainsi qu'à la consistance, à la situation et au prix du local réservé. (...)Est nulle toute autre promesse d'achat ou de vente* ».

⁴⁹⁵ Loi n° 76-1285 du 31 décembre 1976 dernièrement modifiée par Ordonnance n° 2000-916 du 19 septembre 2000 art. 3 Journal Officiel du 22 septembre 2000 en vigueur le 1er janvier 2002.

⁴⁹⁶ L'article L 316-3 du Code de l'urbanisme dispose : « *Aucune promesse de vente ou de location ne peut être consentie avant l'arrêté d'autorisation prévu par la réglementation en matière de lotissement* ».

⁴⁹⁷ Loi n°79-596 du 13 juillet 1979 relative à l'information et à la protection des emprunteurs dans le domaine immobilier.

⁴⁹⁸ Cet article a été abrogé par l'Ordonnance n°2005-1512 du 7 décembre 2005 - art. 20 JORF 8 décembre 2005 en vigueur le 1er janvier 2006. Il disposait que « *sans préjudice, le cas échéant, de l'application des dispositions de l'article 1741, 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, si elle n'est pas constatée par un acte authentique ou par un acte sous seings privés 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 seings privés enregistré dans les dix jours de sa date* ».

consentir une promesse de vente occulte dont il cèderait par la suite le bénéfice à un nouveau bénéficiaire. Dans la pratique, ce texte avait été détourné de sa finalité première : il servait surtout les intérêts du bénéficiaire de mauvaise foi qui, tout en ne souhaitant plus acquérir, voulait néanmoins récupérer l'indemnité d'immobilisation qu'il avait versée. En vue de contrer ce mouvement, la jurisprudence avait alors requalifié certaines promesses unilatérales en promesses synallagmatiques qui échappaient à l'exigence des dispositions de l'ancien article 1840 A du CGI. Celui-ci a été remplacé par l'article 1589-2⁴⁹⁹ du Code civil. A travers ce texte, le législateur a consacré l'exigence d'enregistrement de la promesse lorsqu'elle porte sur la cession d'un immeuble. Ainsi, la promesse unilatérale de vente échangée par les parties à l'occasion de l'arbitrage d'un immeuble commercial est-elle soumise à cette obligation venant tempérer le principe du consensualisme de la promesse unilatérale de vente.

Néanmoins, au-delà de ce dirigisme, force est de constater que le droit français fait la part belle au principe du consensualisme qui reste le principe en matière de promesse unilatérale de vente.

B : Le caractère unilatéral de la promesse

458. L'analyse du caractère unilatéral ou bilatéral de la promesse — Le caractère unilatéral ou bilatéral de la promesse de vente est un sujet discuté en doctrine (1). Il nous faudra donc apprécier les différentes positions des auteurs ainsi que l'analyse de la jurisprudence afin de déterminer laquelle de ces deux propositions a été retenue (2)

⁴⁹⁹ L'article 1589-2 du Code civil dispose 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 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 ».

1 : La divergence doctrinale quant au caractère unilatéral ou bilatéral de la promesse

459. La stipulation d'une indemnité d'immobilisation tend à rendre la promesse bilatérale — Classiquement, la doctrine considère que la promesse de vente est un contrat unilatéral. En effet, elle n'induit qu'une seule obligation mise à la charge du promettant : celle de céder le bien dès lors que le bénéficiaire déciderait de lever l'option d'achat qui lui a été consentie. Ainsi, la promesse serait-elle unilatérale dès lors que seul le promettant serait engagé par ses termes *a contrario* du bénéficiaire qui serait titulaire d'un droit lui permettant de lever ou non l'option. A la lumière de la pratique, force est de constater que bien souvent la promesse comporte une clause d'immobilisation correspondant au versement par le bénéficiaire d'une somme d'argent. Celle-ci vise à dédommager le promettant de l'immobilisation de l'immeuble durant la période couvrant la levée de l'option. De cette manière, si une obligation de vendre est mise à la charge du promettant, une obligation portant sur le paiement de l'indemnité d'immobilisation, dont elle est le corollaire, pèserait nécessairement sur le bénéficiaire. Pour certains auteurs dont fait partie M. Delommez, cette situation de fait illustre une symétrie d'obligations plaidant pour un caractère bilatéral de la promesse de vente dès lors que « *le promettant concède un avantage qui est toujours compensé par des clauses diverses permettant au vendeur de retrouver son intérêt* »⁵⁰⁰.

A rebours de cette analyse, M. Gross conclut au caractère unilatéral de la promesse qui fait naître pour seul engagement l'obligation de vendre mise à la charge du promettant : à son sens « *le fait que souvent le bénéficiaire soit tenu, s'il ne lève pas l'option, de payer une indemnité d'immobilisation, ne change pas la nature de la promesse* »⁵⁰¹. Bien qu'il existe des obligations réciproques entre les parties, le bénéficiaire ne s'est pas encore engagé à acheter, par opposition au promettant qui s'est déjà engagé à vendre. D'autres auteurs n'hésitent pas à qualifier la promesse de vente comme un contrat bilatéral. Tel est le cas de MM. Malaurie et Aynès qui considèrent la promesse unilatérale de vente comme « *un contrat virtuellement*

⁵⁰⁰ P-F. DELOMMEZ, *Des promesses unilatérales de ventes d'immeubles*, Thèse, Lille, 1947.

⁵⁰¹ Ph.BIHR, B. GROSS, *Contrats civils et commerciaux, Tome 1, Ventes civiles et commerciales, baux d'habitation, baux commerciaux*, 2^{ème} éd., PUF, Paris, 2008.

synallagmatique en considération des obligations auxquelles il donne naissance et qui détermine sa qualification »⁵⁰².

Dans le même sens, Mme Bénac-Schmidt⁵⁰³ considère que bien qu'unilatérale, la promesse de vente est nécessairement un contrat synallagmatique dès lors qu'il est onéreux, et que l'obligation de payer l'indemnité d'immobilisation est la cause déterminante de l'obligation du promettant de ne pas vendre durant toute la période de réflexion qui lui est octroyée.

Au regard de ces divergences d'appréciation quant à la nature unilatérale ou bilatérale de la promesse, les tribunaux ont dû se prononcer afin de déterminer si elle devait être soumise aux dispositions de l'article 1326⁵⁰⁴ du Code civil régissant les conventions unilatérales, ou à celles de l'article 1325⁵⁰⁵ afférentes aux conventions synallagmatiques.

2 : La jurisprudence en faveur de la nature unilatérale de la promesse de vente

460. La solution jurisprudentielle : la qualification d'unilatérale ou de bilatérale de la promesse est fonction de l'existence ou non d'obligations réciproques — Par un arrêt

⁵⁰² L. AYNES, Ph. MALAURIE, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Defrénois, 6^{ème} éd., Paris, 2013.

⁵⁰³ F. BENAC-SCHMIDT, « Le contrat de promesse unilatérale de vente », *revue internationale de droit comparé*, Vol 36, n° 4, octobre-décembre 1984, p. 864, 865. Voir également : M. BRUSCHI, « Les promesses unilatérales de contrat », *Lamy*, Droit des contrats, n° 125 et s.

⁵⁰⁴ L'article 1326 du Code civil dispose que « l'acte juridique par lequel une seule partie s'engage envers une autre à lui payer une somme d'argent ou à lui livrer un bien fongible doit être constaté dans un titre qui comporte la signature de celui qui souscrit cet engagement ainsi que la mention, écrite par lui-même, de la somme ou de la quantité en toutes lettres et en chiffres. En cas de différence, l'acte sous seing privé vaut pour la somme écrite en toutes lettres ».

⁵⁰⁵ L'article 1325 du Code civil dispose que « les actes sous seing privé qui contiennent des conventions synallagmatiques ne sont valables qu'autant qu'ils ont été faits en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct. Il suffit d'un original pour toutes les personnes ayant le même intérêt. Chaque original doit contenir la mention du nombre des originaux qui en ont été faits. Néanmoins, le défaut de mention que les originaux ont été faits doubles, triples, etc..., ne peut être opposé par celui qui a exécuté de sa part la convention portée dans l'acte ». L'exigence d'une pluralité d'originaux est réputée satisfaite pour les contrats sous forme électronique lorsque l'acte est établi et conservé conformément aux articles 1316-1 et 1316-4 et que le procédé permet à chaque partie de disposer d'un exemplaire ou d'y avoir accès ».

en date du 13 février 1968⁵⁰⁶, la Cour de cassation décida de positionner la promesse unilatérale de vente sous l'égide de l'article 1326 du Code civil, reconnaissant ainsi son caractère unilatéral : « *en vertu de l'article 1326 du Code civil, la promesse par laquelle une seule partie s'engage à payer à l'autre une somme d'argent doit porter au moins, de la main du promettant, outre sa signature, un bon ou un approuvé avec la somme en toutes lettres* ». Par la suite, les juges du quai de l'horloge ont retenu dans un arrêt en date du 6 mars 1974⁵⁰⁷ qu'en présence d'une obligation portant sur une indemnité d'immobilisation mise à la charge du bénéficiaire, il convenait de soustraire la promesse unilatérale de vente aux dispositions de l'article 1326 pour la positionner sous l'égide de celles de l'article 1325 du code précité : « *du fait de ces stipulations à caractère synallagmatique, les dispositions de l'article 1326 relatives aux promesses sous seing privé par lesquelles une seule partie s'engage ne sont pas applicables* ». Ainsi, pour déterminer si une convention relève des dispositions de l'article 1325 ou 1326 du Code civil, la jurisprudence considère-t-elle que, quelle que soit la qualification qui lui est donnée par les parties, tout contrat doit satisfaire aux exigences de l'article 1325 du Code civil lorsqu'il est inclusif d'obligations synallagmatiques. Les juges du fond apprécieront souverainement le contenu de la convention et notamment la prévision d'obligations pour les deux parties. De ce fait, la nature synallagmatique de la promesse unilatérale de vente s'explique par l'existence d'une contrepartie financière qu'est l'indemnité d'immobilisation, corollaire de l'obligation du promettant de ne pas vendre le bien à un tiers pendant la durée couverte par l'option.

La promesse unilatérale de vente est un contrat spécifique et autonome qui reste essentiellement consensuel. S'il ne prévoit aucune obligation pour le bénéficiaire, il est sans nul doute unilatéral. Au contraire, l'existence d'une obligation mise à la charge du bénéficiaire le soustrait aux dispositions de l'article 1326 du Code civil et le rend bilatéral.

§ 2 : Le régime juridique de la promesse unilatérale de vente

461. L'analyse du régime juridique de la promesse unilatérale de vente — Notre analyse du régime juridique de la promesse unilatérale de vente devra nécessairement être

⁵⁰⁶ Cass. 1^{ère} civ., 13 février 1968, *Bull. civ.* 1968, I, n° 63.

⁵⁰⁷ Cass. 3^{ème} civ., 6 mars 1974, *Bull. civ.* 1974, n° 109, p. 83.

corrélée à la problématique suivante : quel niveau de risque la conclusion d'un tel avant-contrat comporte-t-il pour les parties au regard des engagements contractuels qu'elles ont acceptés ? Pour ce faire, il nous faudra voir dans un premier temps les conditions de forme requises pour qu'un tel avant-contrat produise ses effets. Le risque tenant à la nullité de la promesse priverait alors les parties des avantages qu'elles escomptaient de la rédaction d'une telle convention **(I)**. Par la suite, il nous faudra apprécier les différentes obligations qu'elle met à leur charge ainsi que les sanctions qui y sont afférentes **(II)**. Enfin, nous nous intéresserons aux effets de la promesse de vente et notamment ses incidences sur la réalisation de la vente définitive de l'immeuble qui en est l'objet **(III)**.

I : Les conditions de formation de la promesse unilatérale de vente

462. Les conditions de formation de la promesse en considération de l'objet de la vente — La procédure de data-room n'a pas d'influence sur les conditions de fond de la promesse unilatérale de vente qui sont celles de tout contrat. De la sorte, et comme dans toute convention, ses éléments objectifs essentiels doivent être déterminés : la chose et le prix. De plus, les parties doivent avoir la capacité requise : celle de consentir au contrat définitif pour le promettant ; celle de s'obliger à verser l'indemnité d'immobilisation pour le bénéficiaire. Enfin, la validité de la promesse implique que les consentements sur lesquels elle repose existent et soient exempts de vices au jour où elle est conclue. Dès lors que la promesse n'est pas le contrat, il est indifférent que son objet soit impossible, immoral ou illicite à partir du moment où il en ira autrement à la levée de l'option. En revanche, la procédure de data-room influe sur le formalisme de la promesse dès lors qu'elle porte sur la cession d'un immeuble. Ainsi est-elle soumise à des conditions de forme particulières et déroge-t-elle au principe du consensualisme qui n'impose en règle générale l'accomplissement d'aucune formalité particulière. En ce sens, la promesse unilatérale de vente émise par le vendeur devra, à peine de nullité, respecter les dispositions des articles 1589-2 du Code civil **(A)** et L. 290-1 et suivants du Code de la construction et de l'habitation (ci-après CCH) **(B)** que nous présenterons brièvement.

A : Les conditions de forme prescrites par l'article 1589-2 du Code civil

463. Le formalisme de l'article 1589-2 du Code civil s'impose aux promesse unilatérale de vente portant sur un immeuble - Les dispositions de l'article 1589-2 du Code civil (qui s'est substitué à l'article 1840 A, abrogé par l'article 24 de l'ordonnance du 7 décembre 2005 relative à des mesures de simplification en matière fiscale et à l'harmonisation et l'aménagement du régime des pénalités) vont avoir pour effet de frapper de nullité toute promesse unilatérale portant sur la vente d'un immeuble qui ne serait 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 »⁵⁰⁸. L'enregistrement donnera lieu à la perception du droit fixe des actes innomés d'un montant de 125 €. La cession de la promesse sera soumise aux mêmes formalités que la promesse. Sa publication à la conservation des hypothèques est facultative et n'aura pas pour effet de la rendre opposable aux tiers et spécialement au tiers acquéreur de l'immeuble ayant lui-même publié son acquisition. Cette obligation d'enregistrement s'applique à toutes les promesses unilatérales de vente sous seing privé de terrain que les aménageurs peuvent conclure avec les propriétaires fonciers. Toutefois, les prorogations de promesses unilatérales de vente, les compromis de vente ou les promesses synallagmatiques de vente sont exclus de cette obligation d'enregistrement. Les formalités d'enregistrement des promesses unilatérales de vente sont différentes selon qu'il s'agit d'une promesse conclue en la forme authentique ou sous seing privé. Dans le premier cas, l'enregistrement est réalisé par le notaire sous sa responsabilité. Dans le second cas, l'enregistrement s'effectue en double exemplaire à la recette des impôts du lieu de situation du terrain, le second exemplaire étant conservé par l'administration fiscale. C'est au bénéficiaire qu'il appartient de réaliser l'enregistrement de la promesse unilatérale. Ainsi, les aménageurs qui signent une promesse de vente pour l'acquisition d'un terrain doivent-ils enregistrer leur promesse dans la mesure où ils en sont bénéficiaires. L'article 1589-2 du code civil dispose que l'enregistrement doit avoir lieu dans un délai de 10 jours à compter de la date d'acceptation par le bénéficiaire de la promesse et non de la levée de l'option de la promesse⁵⁰⁹. Le défaut d'enregistrement entraîne la nullité de la promesse de

⁵⁰⁸ Article 1589-2 du Code civil.

⁵⁰⁹ Voir en ce sens : Cass. com., 27 février 1996, n°94-10608, *Inédit*.

vente qui ne produira aucun effet juridique. Celle-ci est de droit public et la renonciation des parties à l'invoquer ne peut y faire obstacle⁵¹⁰.

B : Les conditions de forme prescrites par l'article L 290-1 et suivant du CCH

464. Quid du respect du formalisme des articles L 290-1 et L 290-2 du CCH —

Les dispositions des articles L 290-1⁵¹¹ et L 290-2⁵¹² du CCH imposent certaines conditions de fond et de forme aux promesses de vente lorsque celles-ci sont consenties par une personne physique. La loi « Wasmann »⁵¹³ a récemment modifié ces articles dont les dispositions issues de la loi du 25 mars 2009⁵¹⁴ avaient pour objet de sécuriser les promesses de vente passées entre un opérateur immobilier ou un aménageur et une personne physique. Elles présentaient cependant deux inconvénients majeurs : d'une part, elles créaient un dispositif de nature à entretenir chez les propriétaires individuels mal conseillés de fausses espérances quant à la valeur réelle de leur bien ; d'autre part, elles bloquaient les biens immobiliers pendant des durées déraisonnables et contribuaient à maintenir artificiellement des niveaux de prix élevés. Pour pallier à ces désagréments, ces deux articles prévoient dans leur nouvelle rédaction que toute promesse consentie par une personne physique pour une durée supérieure à dix-huit mois fasse l'objet d'un acte notarié et soit sécurisée par le versement d'une somme ou d'une caution engageant le professionnel. On ne manquera pas de relever cependant que l'article L. 290-1 vise uniquement les promesses qui sont consenties par « une personne physique », sans

⁵¹⁰ Voir en ce sens : Cass. 1^{ère} civ., 7 juillet 1992, n° 90-21.779, *Inédit*.

⁵¹¹ L'article L 290-1 du CCH dispose que « 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 ».

⁵¹² L'article L 290-2 du CCH dispose que : « la promesse unilatérale de vente mentionnée à l'article L. 290-1 prévoit, à peine de nullité, une indemnité d'immobilisation d'un montant minimal de 5 % du prix de vente, faisant l'objet d'un versement ou d'une caution déposés entre les mains du notaire ».

⁵¹³ Loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives.

⁵¹⁴ Loi n° 2009-323 du 25 mars 2009 (art. 116) de mobilisation pour le logement et la lutte contre l'exclusion.

distinguer selon qu'il s'agisse d'un professionnel ou d'un non professionnel. Or, il est manifeste que dans certains cas le champ d'application de la loi risque fort de dépasser la volonté de ses auteurs. En effet, il est de plus en plus rare en pratique de rencontrer des marchands de biens ou des promoteurs qui n'exercent pas sous la forme d'une société. Bien que cette situation puisse exister à la marge, ils se retrouvent alors protégés par la loi. À l'opposé et de manière plus préoccupante, il suffit que l'immeuble soit détenu par l'intermédiaire d'une personne morale telle qu'une société pour que la loi ne trouve pas à s'appliquer. Or, il est permis de s'interroger sur la cohérence d'une telle exclusion en présence d'une association ou d'une SCI familiale. L'article L. 290-2 modifié vise désormais « *la promesse unilatérale de vente mentionnée à l'article L. 290-1* ». L'article L. 290-1 qui n'a quant à lui pas été modifié, continue de faire référence à « *toute promesse de vente* ». C'est donc dire que la validité de toutes les promesses (y compris synallagmatiques) dont la durée est supérieure à 18 mois est conditionnée par leur constatation par acte notarié, mais que seules les promesses unilatérales doivent prévoir une indemnité d'immobilisation d'un montant minimal de 5 % du prix à peine de nullité.

En tout état de cause, la procédure de data-room met en présence des professionnels de l'investissement agissant par le biais de sociétés. Les conditions de formation inhérentes à la constatation de la promesse en la forme authentique, telles que résultant des dispositions de l'article L 290- 1 du CCH, semblent pouvoir être écartées. Dans le même sens, l'article L 290-2 doit être écarté en ce qu'il se réfère à la promesse de vente telle que décrite à l'article L 290-1 (donc consentie par une personne physique) et le montant de l'indemnité d'immobilisation est ainsi laissé à la libre appréciation des parties.

II : Les obligations des parties

465. La détermination des obligations du promettant et du bénéficiaire —

Le risque juridique auquel s'exposent les parties, tenant à la nullité de la promesse pour le non-respect de ses conditions de forme, est purement théorique. En effet, tout au long de la procédure, tant le vendeur que l'acquéreur sont assistés par des notaires. Ses interventions consistent entre autres choses à les prémunir contre un risque de nullité de l'acte dès lors qu'il lui incombe de réaliser l'ensemble des formalités requises pour la validité de la

promesse. En revanche, le risque tenant en un possible engagement de leur responsabilité contractuelle en cas d'inexécution des obligations au titre de la promesse est pour sa part bien réel. L'analyse de ce risque passe donc par la détermination des obligations du promettant (A) et du bénéficiaire (B).

A : Les obligations du promettant

466. Les obligations du promettant : le maintien de l'offre et l'interdiction de céder l'immeuble à un tiers — L'obligation du promettant se cantonne à l'engagement qu'il a pris lors de la promesse, à savoir maintenir son offre pendant toute la période couverte par le droit d'option (1). A cette « obligation principale » s'adjoint en quelque sorte une « obligation secondaire », qui porte sur l'interdiction de céder l'immeuble à un tiers (2)

1 : La rétractation de la promesse unilatérale de vente

467. Quid de l'exécution forcée de la promesse unilatérale de vente — Le risque juridique auquel s'expose le promettant-vendeur postérieurement à l'acceptation de la promesse par le bénéficiaire-acquéreur tient à l'inexécution de son obligation de maintien de son offre jusqu'au terme du délai d'option. L'évaluation de ce risque peut alors se résumer de la façon suivante pour le promettant : la sanction de l'inexécution de son obligation permet-elle l'exécution forcée de son engagement ou se résout-elle en dommages et intérêts ? A notre sens, il serait logique d'analyser la promesse comme étant la traduction irrévocable du consentement à la vente. A la différence de la simple offre de vente, celle-ci induirait pour le promettant une impossibilité de se rétracter ou à tout le moins une inefficacité de la rétractation. Ainsi, le contrat d'option rendrait-il l'offre irrévocable. Le bénéficiaire pourrait toujours lever l'option et ce faisant faire constater la formation de la vente afin de demander son exécution forcée.

Pourtant, en contradiction de cette thèse soutenue par la majorité de la doctrine⁵¹⁵, la Cour de Cassation s'est prononcée en défaveur de toute exécution forcée du promettant. Dans un arrêt en date du 15 décembre 1993⁵¹⁶, la haute juridiction a considéré qu'en matière de promesse unilatérale de vente portant sur un immeuble, la rétractation du promettant antérieure à la levée de l'option ne permettait pas au bénéficiaire d'obtenir la réalisation forcée de la vente. Au soutien de sa décision, la Cour avait estimé que tant que le bénéficiaire n'avait pas déclaré acquérir, l'obligation du promettant ne constituait qu'une obligation de faire et que la levée de l'option postérieurement à la rétractation excluait toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquérir. Dans un arrêt en date du 11 mai 2011⁵¹⁷, la troisième chambre civile a pu se prononcer à nouveau sur les effets de la rétractation et a réaffirmé la solution retenue dans l'arrêt de 1993. Un arrêt de la chambre commerciale du 13 septembre 2011⁵¹⁸ a repris cette solution de principe et a ainsi confirmé le caractère révocable de la promesse unilatérale de vente antérieurement à la levée de l'option.

Partant, en considération de cette jurisprudence, la Cour suprême estime que le bénéficiaire de la promesse n'est créancier que d'une obligation de faire et qu'il ne peut obtenir son exécution forcée, ce qui reviendrait à l'assimiler au maintien forcé du consentement du promettant (a). La doctrine a vivement critiqué cette solution, d'une part en ce que l'obligation de faire invoquée par la Cour reste, pour reprendre les propos de Mme. Labarthe, « *quelque peu mystérieuse* »⁵¹⁹ et d'autre part parce que la rétractation ainsi envisagée avait pour effet de remettre en cause la force obligatoire de la promesse

⁵¹⁵ Voir en ce sens : C. LAROUMET, note ss Cass. 3^{ème} civ., 20 décembre 1994, *JCP. G* 1995, II, n° 22491 ; F. COLLART-DUTILLEUL, « Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble, les risques de désordres », *Dt. & patr.* 1995, p. 58 ; D. Mazeaud, « Exécution des contrats préparatoires », *RDC* 2005, p. 61.

⁵¹⁶ Cass. 3^{ème} civ., 15 décembre 1993, *Bull. civ.* 1993, III, n° 174 ; *D.* 1994, p. 507 note F. Bénac-Schmidt ; *D.* p. 230, obs. O. Tournafond ; *Defrésnois* 1994, p. 795, obs Ph. Delebecque ; *RTD civ.* 1994, p. 588, obs. J. Mestre ; *D.* 1995, somm. p. 87, obs L. Aynès ; *JCP. G* 1995, II, 22366, note D. Mazeaud.

⁵¹⁷ Cass. 3^{ème} civ., 11 mai 2011, *JurisData* n° 2011-008034 ; *D.* 2011, p. 1457, note D. Mazeaud et p. 1460, note D. Mainguy ; *JCP. E* 2011, n° 1504 ; *JCP. N*, 2011, n° 1163.

⁵¹⁸ Cass. com., 13 septembre 2011, n° 10-19.526, *Inédit*. Commentaire S. Schiller, *JCP. A*, n° 48, décembre 2011, 1849.

⁵¹⁹ F. LABARTHE, *La notion de document contractuel*, LGDJ, 1994, Paris, p. 341.

(b). Après avoir analysé le fondement de cette position jurisprudentielle, il nous faudra en analyser les incidences en matière de maîtrise du risque juridique (c).

a : La rétractation en tant que violation d'une obligation de faire

468. L'assimilation de la rétractation de la promesse à l'inexécution d'une obligation de faire — Le raisonnement de la Cour de cassation se base sur l'existence d'une obligation de faire consistant pour le promettant à maintenir son offre jusqu'au terme fixé pour la levée de l'option. Elle ne doit pas être confondue avec l'obligation de donner qui n'apparaît qu'à la levée de l'option et qui formera la vente. Cette analyse induit que la promesse ne fige pas définitivement le consentement du promettant. Selon la doctrine, elle remet en cause toute l'économie de la promesse unilatérale de vente en positionnant le promettant dans une situation d'attente. Son obligation ne peut être une obligation de faire dès lors qu'aucune prestation positive n'est attendue de sa part pour parfaire la vente. La position de la Cour de cassation s'inscrit en contradiction directe avec la théorie de Louis Boyer qui a mis en évidence « *que le droit d'option résultant de la promesse unilatérale de vente n'est pas un droit de créance, mais un droit potestatif, opposable erga omnes, conférant au bénéficiaire le pouvoir de réaliser la vente par un acte de sa seule volonté* »⁵²⁰. La promesse unilatérale de vente doit s'analyser comme une convention qui naît de la rencontre d'une offre et de l'acceptation de celle-ci. Partant, l'existence de l'obligation faite au promettant de maintenir son offre ne peut exister, sauf à admettre que la volonté de contracter doit être sans cesse renouvelée. Comme le rappelle M. Paclot, « *le promettant a donné son consentement à la vente lors de la formation de la promesse et ne peut juridiquement le reprendre (...) mettre à sa charge une obligation contractuelle de maintenir son offre de vendre est impossible et vide de sens car une telle obligation est impossible. En effet, un élément générateur du contrat ne saurait être érigé en objet de l'obligation de l'une des parties, pour la raison que les parties sont tenues d'obligation par l'effet du contrat* »⁵²¹. Ainsi, en résulte-t-il à son sens que si la

⁵²⁰ L. BOYER, « Les promesse synallagmatiques de vente. Contribution à la théorie des avant-contrats », *RTD civ.* 1949, p. 198.

⁵²¹ Y. PACLOT, « L'inefficacité de la rétractation de la promesse unilatérale de vente, comme un coup de tonnerre dans le ciel des obligation », *JCP. G* 2011, n° 25, n° 736.

rétractation du promettant n'est pas une violation d'une obligation de faire, elle ne peut être que la tentative de revenir sur son consentement en méconnaissance du principe de la force obligatoire du contrat.

b : La rétractation analysée au regard de la force obligatoire du contrat

469. La jurisprudence assimile la rétractation de la promesse à celle de la simple sollicitation — La rétractation telle qu'envisagée par le Cour de cassation est de nature à remettre en cause la force obligatoire de la promesse. En tant que contrat, celle-ci ne peut contrevenir aux dispositions de l'article 1134 alinéa 2 du Code civil⁵²² : la rupture unilatérale est donc prohibée. La solution dégagée par les juges du quai de l'horloge reviendrait à permettre l'exécution forcée de la promesse, sans pour autant considérer que le bénéficiaire serait créancier d'une obligation de donner. Pour ce faire, il faudrait admettre que le promettant a déjà, par le biais de la promesse, donné son consentement à la vente de sorte que la levée de l'option par le bénéficiaire même postérieurement à la rétractation forme la vente. Ainsi, le promettant ne pourrait-il rétracter efficacement son consentement, et corrélativement le bénéficiaire pourrait-il lever l'option dans le délai initialement prévu malgré la rétractation de la promesse, dès lors que celle-ci est inopérante. Cette analyse assurerait moins l'exécution forcée de la promesse que le maintien forcé du consentement du promettant sans porter atteinte aux termes de l'article 1142 du Code civil.

En définitive, que la Cour décèle ou non l'existence d'une obligation de faire consistant au maintien de l'offre par le promettant, il sera toujours possible pour ce dernier de résilier unilatéralement sa promesse par la commission d'une faute consistant en sa rétractation. Partant, cette jurisprudence rapproche sensiblement la promesse de l'offre par l'admission de la rétractation antérieurement à la levée de l'option, permettant ainsi au promettant de la retirer tout comme peut l'être l'offre avant qu'elle soit acceptée. Cette analogie entre la promesse unilatérale de vente et l'offre lui fait perdre beaucoup de l'intérêt qui résidait en la promesse, en ce que le promettant donnait par avance son consentement définitif à la vente envisagée.

⁵²² L'alinéa 2 de l'article 1134 du Code civil dispose qu' : « *elles (les conventions) ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise* ».

470. L'admission de la rétractation de la promesse et ses incidences et matière de risque — La Cour de cassation refuse l'exécution forcée de la promesse unilatérale de vente rétractée antérieurement à la levée de l'option. Au titre de l'inexécution de son obligation de faire tenant au maintien de la promesse, le promettant s'expose au regard des dispositions de l'article 1142 du Code civil⁵²³ au paiement de dommages et intérêts. En pratique, ceux-ci correspondront généralement à un montant équivalent à deux fois celui de l'indemnité d'immobilisation. Le risque juridique afférent à la rétractation de l'offre antérieurement à la levée de l'option est donc évaluable pour le vendeur : il s'agira pour lui du prix à payer afin de regagner la liberté de vendre le bien à un tiers, dès lors que postérieurement à la levée de l'option il ne disposera plus de cette marge de manœuvre et pourra se voir judiciairement contraint à de réaliser la vente. Certes, il s'agit d'une somme importante mais sans commune mesure avec une sanction consistant en une exécution forcée de la vente. A notre sens, le recours à la promesse unilatérale de vente présente cet avantage pour le vendeur, *a contrario* de la promesse synallagmatique, de lui permettre de se dédire après l'avoir émise. Pour cela, il devra payer le prix de sa carence. Cependant, son montant pourra lui paraître bien léger lorsqu'il est apprécié en considération de l'exécution forcée, surtout s'il lui permet de compenser cette perte en revendant l'immeuble à un prix plus élevé à un tiers acquéreur⁵²⁴. Finalement, une sanction consistant au paiement de dommages et intérêts n'a pas de caractère dissuasif pour le vendeur, du moins tant que son montant reste dans un fourchette comprise entre deux fois et deux fois et demi le montant total de l'indemnité d'immobilisation du bien immeuble. Il est cependant possible pour les parties de prévoir une clause pénale portant le montant des dommages et intérêt dus en cas de rétractation, à une somme telle qu'elle aura véritablement un caractère dissuasif pour le vendeur.

⁵²³ L'article 1142 du Code civil 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 ».

⁵²⁴ Dès lors que le prix proposé par un tiers lui permettrait d'absorber le montant des dommages et intérêts versés au titre de la rétractation, dans le cas contraire cette rétractation n'aurait aucun fondement économique.

La situation du bénéficiaire de la promesse est beaucoup moins avantageuse. Après des négociations souvent longues et coûteuses, celui-ci pensait avoir enfin atteint son but : la conclusion de la vente était imminente. Partant, la promesse unilatérale n'est pas de nature sécuriser le candidat-acquéreur de par son régime refusant l'exécution forcée au profit de l'octroi de dommages et intérêts. Malgré l'option qui lui a été consenti, la solution est également tributaire du bon vouloir du vendeur de poursuivre la vente, à tout le moins jusqu'à la levée de l'option.

2 : La vente de l'immeuble à un tiers

471. Les recours du bénéficiaire en cas de vente de l'immeuble à un tiers —

Il ne faudra pas apprécier l'hypothèse dans laquelle le promettant viendrait à céder l'immeuble faisant l'objet de la promesse à un tiers comme une simple variante de la rétractation de celle-ci antérieurement à la levée de l'option. En effet, il convient d'y intégrer une dimension supplémentaire, portant sur l'annulation de la vente consentie en fraude des droits du bénéficiaire. Il nous faudra alors analyser dans un premier temps la vente de l'immeuble à un tiers en considération du droit que confère la promesse à son bénéficiaire, pour en déduire les recours dont il dispose pour faire valoir celui-ci (**a**). Nous en déduirons par la suite les incidences en matière de maîtrise du risque aussi bien pour le promettant que pour le bénéficiaire (**b**)

a : Quid de l'annulation de la vente de l'immeuble à un tiers réalisée en fraude de la promesse

472. L'assimilation de la vente à un tiers à la violation d'une obligation de ne pas vendre à autrui — Dès lors que le bénéficiaire ne dispose que d'un droit personnel contre le promettant et non d'un droit réel portant sur l'immeuble, le principe de l'effet relatif du contrat⁵²⁵ de promesse s'oppose à ce que le tiers soit tenu au respect de son contenu. Ainsi, le bénéficiaire ne dispose-t-il que de peu de moyens pour défendre son

⁵²⁵ Le principe de l'effet relatif des conventions procède de l'article 1165 du Code civil : « *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* ».

droit. Certes, il pourra demander l'inopposabilité de la vente ; mais pour cela, il devra démontrer d'une part qu'il avait l'intention de lever l'option afin d'établir son intérêt à agir, et d'autre part établir la mauvaise foi du tiers acquéreur. Dans le cas où celle-ci serait manifeste, il pourra notamment utiliser l'action paulienne de l'article 1167 alinéa premier du Code civil⁵²⁶. En effet, si le tiers acquéreur avait connaissance de l'existence de la promesse, il aura commis une faute justifiant que le juge civil prononce l'inopposabilité de l'acquisition plutôt que d'opter pour une réparation tenant au versement de dommages et intérêts⁵²⁷. Il lui sera en revanche beaucoup plus difficile d'obtenir l'annulation de la vente conclue entre le promettant et le tiers acquéreur en fraude de ses droits. En effet, une telle annulation autoriserait d'une part une violation de l'adage « *Nemo plus juris ...* »⁵²⁸ et d'autre part de l'article 1599 du Code civil⁵²⁹ portant sur la vente de la chose d'autrui, le bénéficiaire de la promesse n'étant pas titulaire d'un droit réel sur l'immeuble. De surcroît, celui-ci ne serait pas fondé à agir en annulation de la vente dès lors que les dispositions de l'article précité réservent ce droit au seul acheteur. En revanche, en cas de fraude manifeste, le juge pourrait prononcer la nullité du contrat non pas sur le fondement de l'action paulienne (dont la résultante consistant en une inopposabilité de l'acte serait inefficace pour le bénéficiaire), mais sur le fondement plus général de l'adage « *Fraus omnia corrumpit* »⁵³⁰ dès lors qu'il pourrait prouver une collusion frauduleuse entre le promettant et le tiers acquéreur. Cependant, l'annulation de la vente n'étant qu'une des possibilités de réparation mise à la disposition du juge, rien ne garantit au bénéficiaire que celle-ci soit effectivement prononcée.

On pourrait alors imaginer que, pour se prémunir du risque tenant en une cession de l'immeuble à un tiers acquéreur, le bénéficiaire soit tenté de faire publier la promesse à la conservation des hypothèques, espérant ainsi renforcer le droit dont il est titulaire. Néanmoins, cette inscription n'aurait que peu d'effet dès lors qu'elle est facultative et qu'à

⁵²⁶ L'alinéa premier de l'article 1167 du Code civil dispose qu' : « *ils (les créanciers) peuvent aussi, en leur nom personnel, attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits* ».

⁵²⁷ Voir notamment : Cass. 3^{ème} civ., 8 juillet 1975, *Bull. civ.* 1975, III, n° 249.

⁵²⁸ L'adage « *Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet* » peut se traduire de la façon suivante : Personne ne peut transférer à un autre plus de droit qu'il n'en a lui-même.

⁵²⁹ L'Article 1599 du Code civil dispose que « *la vente de la chose d'autrui est nulle. Elle peut donner lieu à des dommages-intérêts lorsque l'acheteur a ignoré que la chose fut à autrui.* »

⁵³⁰ L'adage « *Fraus omnia corrumpit* » peut se traduire de la façon suivante : la fraude corrompt tout.

ce titre les tiers ne sont pas censés en avoir connaissance. Elle pourrait tout au plus participer à la démonstration probatoire visant à renverser la présomption tenant à la bonne foi du tiers acquéreur

473. La critique de l'assimilation de la vente à un tiers à la violation d'une obligation de ne pas vendre à autrui — L'analyse juridique qui vient d'être exposée repose sur le postulat que le promettant a violé une obligation de ne pas vendre à autrui. Or, il nous semble qu'à l'instar de l'obligation de maintenir son offre au promettant, reconnue par la jurisprudence de la Cour de cassation, l'obligation de ne pas vendre à autrui soit contestable. En effet, nous pourrions penser que dès lors que le promettant a déjà consenti à la vente en émettant la promesse, il ne puisse pas vendre son bien à un tiers acquéreur durant toute la période afférente à la levée de l'option. Ainsi, partageons-nous le postulat de M. Paclot selon lequel « *la sanction de la vente à un tiers en méconnaissance de la force obligatoire de la promesse doit être bien plus radicale* »⁵³¹. Le promettant ayant déjà consenti à la vente, il ne peut se rétracter, se trouvant alors dans l'impossibilité de consentir la vente d'une personne autre que le bénéficiaire. Dès lors, la sanction adéquate ne peut être que la nullité absolue de cette cession accomplie en fraude des droits de celui-ci. Cette solution aurait le mérite de dispenser les praticiens de la rechercher des outils contractuels visant à pallier les carences de la promesse unilatérale de vente ou d'effectuer un travail de rédaction de clauses méconnaissant sa nature juridique à l'instar de celles visant « au défaut d'exécution par le promettant de son engagement de vendre »⁵³².

b : L'incidence de cette solution jurisprudentielle sur la maîtrise du risque juridique

⁵³¹ Y. PACLOT, « L'inefficacité de la rétractation de la promesse unilatérale de vente, comme un coup de tonnerre dans le ciel des obligation », *op.cit.*, p. 232.

⁵³² Voir en ce sens : cass. 3^{ème} civ., 27 mars 2008, *JCP. G* 2008, II, n° 10147, note G. Pillet ; *JCP. G* 2008, I, 218 ; obs A. Constantin ; *RDC* 2008, p. 734 obs D. Mazeaud. Pour l'admission par la Cour de cassation de ce type de stipulations contractuelles au sein d'une promesse unilatérale de vente.

474. L'incidence de cette solution appréciée lors de la procédure de data-room — En pratique, postérieurement à la formation de la promesse de vente, il est possible que le promettant reçoivent une offre d'acquisition supérieure au prix que le bénéficiaire est prêt à payer pour l'immeuble. Il est alors confronté à l'alternative suivante : réaliser la vente avec ce tiers acquéreur mieux disant par rapport au bénéficiaire, en méconnaissance de la promesse ; ou bien respecter son engagement contractuel et refuser cette nouvelle offre. La position de la jurisprudence au regard de cette problématique est claire : elle n'admet pas, de droit, la nullité de vente, pas plus que la subrogation du bénéficiaire au tiers acquéreur. Les conditions de fond requises pour permettre de demander la nullité sont particulièrement difficiles à rapporter car elles reposent sur un élément subjectif notamment pour la démonstration de la mauvaise foi du tiers acquéreur : sa connaissance de l'existence de la promesse de vente. La méconnaissance de l'obligation par le promettant se solde en règle générale par l'octroi de dommages et intérêts. Cette sanction, qui matérialise les conséquences du risque juridique pris par le vendeur, n'a pas de caractère dissuasif. Comme nous avons pu l'exposer précédemment, la rétractation de la promesse de vente antérieurement à la levée de l'option laisse au vendeur la possibilité d'arbitrer entre l'évaluation du montant des dommages et intérêts qu'il sera éventuellement tenu de verser au bénéficiaire et la plus-value réalisée en cas de vente à un tiers acquéreur mieux-disant. En définitive, la simple possibilité de réfléchir à un tel arbitrage illustre la faiblesse de la promesse unilatérale de vente.

En tout état de cause, il incombe au bénéficiaire de murement réfléchir à la technique qu'il décidera de mettre en œuvre en vue d'obtenir la protection de son droit. A notre sens, la meilleure option serait de demander dans le même temps l'exécution forcée de la promesse auprès du promettant, ainsi que la nullité de la vente conclue avec le tiers acquéreur. Il est cependant à préciser qu'au regard des conditions de mise en œuvre de cette action, il est peu probable que les juges du fond soient amenés à prononcer la nullité de la vente ; d'autre part, la nullité de la vente n'étant qu'une des possibilités de réparation dont dispose le juge, dès lors qu'elle n'est pas de droit, il pourra n'obtenir que des dommages et intérêts quand bien même les conditions de fond d'une annulation seraient réunies. Il convient donc de nous reporter à l'analyse que nous avons émise en matière de rétractation de la promesse de vente et d'en conclure que la position de la Cour de

cassation n'est pas plus de nature à protéger le bénéficiaire contre une rétractation anticipée que contre une vente conclue avec un tiers acquéreur en fraude de ses droits.

B : Les obligations du bénéficiaire

475. Le versement de l'indemnité d'immobilisation — La seconde guerre mondiale a eu un impact majeur sur les transactions immobilières. En effets, la raréfaction des terrains constructibles a induit corrélativement une augmentation considérable de leur valeur. Partant, un changement d'état d'esprit s'est opéré du côté des vendeurs. Ceux-ci se sont aperçus qu'en accordant une immobilisation temporaire de leur fond au profit du bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente, il lui procurait un avantage dont ils entendaient bien tirer une contrepartie. Partant, le contrat d'option ne pouvait plus être « gratuit » pour le bénéficiaire qui se devait de rémunérer cet avantage à sa juste valeur. L'intérêt économique de cet avant-contrat réside donc pour le vendeur dans la somme d'argent que lui versera le bénéficiaire en contrepartie de l'immobilisation. Ce mécanisme transforme la relation en contrat onéreux et bilatéral, bien que la promesse de vente reste par nature unilatérale dès lors que seul le promettant est engagé. Cette somme d'argent est parfois improprement appelée « dédit ». En effet, le dédit correspond à la somme d'argent versée par un cocontractant à un autre, que ce premier perdra s'il renonce à se maintenir à l'avenir dans la relation contractuelle. Or, l'indemnité d'immobilisation doit être perçue non pas comme le prix à verser par l'une des parties à l'autre pour la non-conclusion du contrat, mais comme le prix de la réservation de l'offre par le promettant. Partant, après avoir déterminé la nature de l'indemnité d'immobilisation dans le cadre des promesses unilatérales de vente (1), il nous faudra en apprécier le régime (2) puis les incidences en matière de maîtrise du risque juridique (3).

1 : La nature juridique de l'indemnité d'immobilisation

476. La qualification jurisprudentielle des clauses d'immobilisation — La jurisprudence a admis la possibilité pour les parties de stipuler des clauses d'immobilisation (a) qu'elle a dans un premier temps qualifiées de clause pénales, avant d'effectuer un revirement de jurisprudence et de lui reconnaître un régime propre (b).

a : La reconnaissance des clauses d'immobilisation par la jurisprudence

477. La reconnaissance des clauses d'immobilisation par la jurisprudence

— Antérieurement aux arrêts de la Cour d'appel de Paris des 3 décembre et 2 juillet 1931⁵³³, la jurisprudence refusait d'admettre la validité des clauses d'immobilisation lorsqu'elles étaient incluses dans des promesses. Les tribunaux les annulaient systématiquement, au motif que le bénéficiaire ne pouvait s'engager à verser une somme destinée à compenser l'inexécution d'une obligation qu'il ne s'était pas engagé à exécuter. L'année 1931 fut source de changement, puisque la juridiction suprême infléchit sa jurisprudence et admit qu'« *aux termes de l'articles 1146 du Code civil, les dommages et intérêts ne sont dus que si le débiteur (...) spécialement la personne à laquelle était consentie une promesse de vente valable pour une durée déterminée et qui s'était engagée en cas de non réalisation de la promesse de vente dans le délai stipulé à payer une indemnité au vendeur est tenu de s'acquitter du dédit ainsi stipulé si le délai d'option est expiré sans qu'elle ait réalisé la promesse de vente* »⁵³⁴. Ainsi, la Cour se fonda-t-elle sur l'article 1146 du Code civil pour retenir que la stipulation de l'indemnité d'immobilisation n'est pas sans cause, tout en ne définissant pas sa réelle nature. Réfractaire à la validité de ce type d'indemnité, la Cour d'appel d'Orléans⁵³⁵ estimait pour sa part que le bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente ne pouvait pas être condamné à verser une quelconque somme d'argent au promettant puisque celui-ci n'avait pas encore manifesté son intention d'acheter, laquelle ne sera formalisée qu'au moment de la levée de l'option. Puis, dans un arrêt en date du 25 juin 1958⁵³⁶ la Cour admit la validité de l'indemnité d'immobilisation en retenant que : « *la cause de l'engagement pris par l'acquéreur de verser un dédit réside dans l'avantage que lui procure le promettant en s'interdisant de céder son bien à une autre personne pendant un délai déterminé* ». Le critère permettant de qualifier l'indemnité d'immobilisation réside alors dans la contrepartie de l'engagement

⁵³³ CA Paris, 2 juillet 1931, *Gaz. Pal.* 1931, II, p.776 ; CA Paris, 3 décembre 1931, *D.* 1931, II, p. 147.

⁵³⁴ *Ibidem.*

⁵³⁵ CA Orléans, 5 janvier 1949, *D.* 1949, p. 501.

⁵³⁶ Cass. com., 23 juin 1958, *D.* 1958, p. 581, note P. Malaurie ; *JCP. G* 1958, II, n° 10857.

du promettant ou constitue encore la rémunération de l'immobilisation du bien pendant un certain délai. Une fois admis la validité de l'indemnité d'immobilisation, encore nous faut-il en déterminer la nature.

b : La nature de l'indemnité d'immobilisation

478. L'assimilation de l'indemnité d'immobilisation à une clause pénale —

A la lumière de l'analyse des promesses unilatérales de vente auxquelles les parties avaient en pratique recours, il apparaît que celles-ci qualifiaient trop souvent l'indemnité d'immobilisation de dédit. Par opposition à l'indemnité d'immobilisation, le dédit matérialise l'existence dans le corps de la promesse d'une clause pénale visant à compenser le préjudice subi par le créancier du fait de l'inexécution de l'obligation de son débiteur. Prévoyant ainsi le montant forfaitaire des dommages et intérêts qui lui seront dus, cette clause n'est applicable qu'en présence d'une inexécution. Partant, se pose la question de l'analogie entre clause pénale et clause d'immobilisation, dont la résultante serait de soumettre la seconde au même régime que la première. Cette question inhérente à la nature de l'indemnité d'immobilisation revêt une importance particulière, dès lors que son assimilation à une clause pénale entraînerait sa possible modification par le juge sur le fondement de l'article 1152 du Code civil. Dans un arrêt datant du 26 avril 1978⁵³⁷, la Cour de cassation a admis dans un premier temps cette analogie. En l'espèce, le pourvoi du bénéficiaire de la promesse reprochait à la Cour d'appel de Paris de ne pas avoir appliqué les articles 1152 et 1231 du Code civil et donc de ne pas avoir réduit le montant de l'indemnisation. Le pourvoi soutenait notamment que l'indemnité était une clause pénale conventionnelle destinée à réparer le préjudice subi par le vendeur du fait de la non-levée de l'option par le bénéficiaire, entraînant donc l'obligation pour lui de rechercher un nouvel acquéreur. La Cour de cassation rejeta le pourvoi au motif « *que lorsqu'ils modifient un contrat en modérant ou en augmentant la peine qui y est stipulée, les juges du fond doivent préciser en quoi le montant de celle-ci est manifestement excessif ou dérisoire (...) ils n'ont à motiver spécialement leur décision, lorsque, faisant une application pure et simple de la convention, ils refusent de modifier le montant de la peine qui y est initialement prévue* ». La Cour assimila donc l'indemnité d'immobilisation

⁵³⁷ Cass. 1^{ère} civ., 26 avril 1978, D. 1978, p. 349.

à une clause pénale et se réfère l'article 1152 du Code civil afin d'établir le pouvoir souverain pour les juges du fond d'en modifier éventuellement le montant.

479. Le revirement jurisprudentiel réfutant l'assimilation de l'indemnité d'immobilisation à une clause pénale — La Cour de cassation est revenue sur cette jurisprudence par deux arrêts en date du 5 décembre 1984⁵³⁸. Elle condamna explicitement cette assimilation et énonça que «*la stipulation d'une indemnité d'immobilisation au profit du promettant ne constitue pas une clause pénale* ». Elle fonda sa décision sur le fait que le critère de distinction entre les clauses pénales et l'indemnité d'immobilisation est basé sur la différence du contenu des rapports contractuels des parties. En effet, dans la promesse unilatérale de vente, le bénéficiaire ne s'est en aucun cas engagé à acquérir le bien et ne peut donc pas être débiteur d'une obligation contractuelle d'acquérir. Or, la clause pénale vise systématiquement le débiteur d'une obligation contractuelle inexécutée. Ainsi, l'indemnité d'immobilisation est-elle la contrepartie d'un choix. L'expression d'un pouvoir s'oppose catégoriquement à la clause pénale, laquelle vise à la sanction de l'inexécution d'une obligation contractuelle. Partant, l'indemnité d'immobilisation ne peut alors disposer que d'un régime qui lui soit propre et qu'il nous faut dès présent analyser.

2 : Le régime de l'indemnité d'immobilisation

480. L'interdiction de principe faite aux juges de réviser le montant de la clause pénale, des tempéraments à cette solution et de l'hypothèse de sa restitution — Le régime de la clause d'immobilisation est fonction de l'article 1152 du Code civil qui proscrit en principe aux juges du fond de la réviser. Son montant, préalablement négocié et accepté par les deux parties, correspond au prix de l'immobilisation de l'immeuble durant toute la période couverte par le droit d'option. Dès lors que ce prix a été librement convenu au regard de la durée de la promesse ainsi que de la valeur du bien, il est un élément contractuel. En considération de l'article 1134 du code précité, les conventions valablement formées deviennent la loi des parties et s'imposent de fait aux juges. La révision du montant de la clause est donc en principe exclue. Cependant, dans certaines

⁵³⁸ Cass. 3^{ème} civ., 5 décembre 1984, *JCP. G* 1986, II, n° 20555, note G. Paisant ; *D.* 1985, p. 544, note F. Bénac-Schmidt.

hypothèses, les tribunaux ont la possibilité de s’immiscer dans le rapport contractuel et de modifier le montant de l’indemnité. Dans le présent développement, notre réflexion s’orientera autour du risque que devra assumer le vendeur au regard du régime juridique de l’indemnité d’immobilisation. En effet, le montant de celle-ci pourra être minoré dans les hypothèses où la révision est admise (**a**); le vendeur pourra également perdre totalement son bénéfice dès lors que le juge pourra prononcer sa restitution (**b**).

a : Les hypothèses de révision du montant de l’indemnité d’immobilisation

481. Les hypothèses de révision du montant de l’indemnité d’immobilisation : la requalification de la promesse et la renonciation anticipée — Nous verrons successivement les deux hypothèses dans lesquelles les juges sont fondés à apprécier le montant de l’indemnité d’immobilisation et éventuellement à la modifier à la baisse. La première tient à la faculté de requalification de la promesse unilatérale en promesse synallagmatique de vente, permettant alors au juge d’apprécier son montant (**i**). La seconde porte sur la renonciation anticipée au bénéfice de la promesse (**ii**).

i : La requalification de la promesse

482. La requalification de la promesse unilatérale en promesse synallagmatique permet aux juges d’en réviser le montant — La cour d’appel de Caen fut la première à se fonder sur le montant de l’indemnité pour qualifier le contrat, dans un arrêt en date du 16 février 1970⁵³⁹. Elle a en effet retenu qu’« *un dédit peut constituer la compensation de l’immobilisation du fonds pendant le temps durant lequel la promesse peut être levée et cette indemnité n’atteignant pas un cinquième du prix total, il n’est pas possible de décider qu’elle avait pour effet de contraindre le bénéficiaire de la promesse à acheter et de transformer la promesse unilatérale en promesse synallagmatique* ». Dans le même sens, la chambre commerciale de la Cour de cassation⁵⁴⁰ a rejeté le pourvoi formé

⁵³⁹ CA Caen, 16 février 1970, *D.* 1970, p. 339.

⁵⁴⁰ Cass. com., 9 novembre 1971, *JCP. G* 1972, II, n° 16962.

par les bénéficiaires de la promesse qui demandaient sa requalification en promesse synallagmatique de vente. D'après les juges du fond, il ne pouvait s'agir que d'une indemnité d'immobilisation au regard du montant de la clause (un cinquième du prix de vente). La jurisprudence de la Cour de cassation est constante en la matière et laisse aux juges du fond un pouvoir souverain d'appréciation. Cette dernière portera sur la question de savoir si la clause aura eu pour effet de contraindre ou non le bénéficiaire à acheter, transformant ce faisant la promesse unilatérale en promesse synallagmatique.

Cette possible requalification n'est pas sans soulever un certain nombre de problèmes juridiques. Comme le relève M. Najjar⁵⁴¹, bien qu'élevée, une indemnité ne pourrait avoir pour effet de changer à elle seule la nature de la promesse. Elle ne saurait modifier ce à quoi les parties se sont engagées. En effet, le bénéficiaire ne s'est pas encore engagé à acquérir. Cette opinion reflète un courant de pensée doctrinal qui n'admet pas qu'une indemnité élevée puisse être de nature à engendrer la possibilité de requalification de la promesse et à modifier ce faisant les obligations initiales des parties⁵⁴². En dépit de ces critiques, les tribunaux n'ont pas hésité à requalifier des promesses unilatérales en promesses synallagmatiques, en considérant que le montant de l'indemnité d'immobilisation ne doit pas dépasser de plus de dix pour cent le montant total du prix de vente. Dans l'arrêt en date du 13 février 1978⁵⁴³, la juridiction de la rue du quai de l'horloge compare timidement le montant de l'indemnité d'immobilisation et le délai d'option pour affirmer que « *par son importance, l'indemnité ne constituait pas simplement la compensation de l'immobilisation du fonds (...) mais qu'elle traduisait l'engagement de l'acheteur* ». En règle générale, les tribunaux estiment que la requalification de la promesse de vente en promesse synallagmatique peut être mise en œuvre lorsque son montant est supérieur à dix pour cent du montant total de la vente. Cette solution a été établie par un arrêt de la troisième chambre civile en date du 5 décembre

⁵⁴¹ Voir en ce sens : I. NAJJAR, « Option et substitution dans la promesse unilatérale de vente », *D.* 1988, p. 135.

⁵⁴² Voir en ce Sens : P. REMY, « Promesses unilatérales de vente d'immeuble », *RTD. civ.* 1985, p. 592 ; J. MESTRE, « De la notion de clause pénale et ses limites » ; *RTD. civ.* 1985, p. 372 ; A. BENET, « Indemnité d'immobilisation, dédit et clauses pénales », *JCP. G* 1987, I, n° 3274.

⁵⁴³ Cass. com., 13 février 1978, *Bull. civ.* 1978, IV, n° 60, p. 49.

1984⁵⁴⁴ qui, constant un montant de l'indemnité supérieur à un dixième du prix de vente, déduit qu'il était possible de requalifier la promesse unilatérale en promesse synallagmatique.

La conséquence de la requalification se matérialise par la possibilité d'intervention des juges du fond, visant à transformer l'indemnité d'immobilisation en une clause de dédit assimilable à ce titre à une clause pénale. Il en résulte que les tribunaux étendent leur pouvoir exceptionnel de révision du montant d'une somme contractuellement fixée à un domaine qui n'est pas à proprement parler celui des clauses pénales. La diminution de l'indemnité d'immobilisation ne permet pas de remettre en cause la qualification de la promesse synallagmatique de vente sur laquelle s'est précisément ouvert le jeu de l'article 1152 du Code civil. La vente est conclue, ce ne sont que les suites de son inexécution qui sont atténuées dans le seul intérêt du débiteur. Ainsi, au regard de l'article 1589 du code précité, la requalification emporte-t-elle pour le bénéficiaire-acquéreur défaillant l'obligation d'acquiescer. L'indemnité d'immobilisation devient alors une clause pénale susceptible d'être modifiée par les juges. De surcroît, ceux-ci ont admis la possibilité de réviser l'indemnité d'immobilisation au-delà du cas de la requalification de la promesse, lorsque le bénéficiaire a rapidement renoncé à la levée de l'option.

ii : La renonciation rapide au bénéfice de la promesse

483. La renonciation rapide du bénéficiaire à la promesse permet une révision du montant de la clause — Dans l'arrêt précité du 5 décembre 1984⁵⁴⁵, la Cour de cassation a invité les juges du fond à rechercher si les parties n'ont pas eu l'intention de déterminer le montant de l'indemnité d'immobilisation en considération de la durée de la promesse. La Cour a énoncé que lorsqu'ils sont amenés à se prononcer sur la réduction du montant de la clause d'immobilisation, il leur incombait de rechercher si celui-ci n'avait pas été déterminé au regard de la durée d'immobilisation. La juridiction suprême admet alors que la renonciation anticipée appréciée en considération de la durée de la promesse peut entraîner une révision du montant de l'indemnité d'immobilisation, quand bien même

⁵⁴⁴ Cass. 3^{ème} civ., 5 décembre 1984, *JCP. G* 1986,II, n° 20555, note G. Paisant ; *D.* 1985, p. 544, note F. Bénac-Schmidt.

⁵⁴⁵ *Ibidem.*

celle-ci ne serait pas une clause pénale. Cette jurisprudence oriente les magistrats dans le sens du remboursement par le promettant au bénéficiaire d'une partie de l'indemnité d'immobilisation en cas de renonciation anticipée de la promesse avant l'écoulement du délai d'option, à la condition impérative d'établir la concordance entre son montant et sa durée.

Le montant de la clause d'immobilisation est souvent tributaire du prix de vente, généralement négociée à dix pour cent de son montant total pour éviter toute disqualification de la promesse. Cette position jurisprudentielle pourrait être de nature à ouvrir la voie à une possibilité de révision automatique de la clause d'indemnité par les tribunaux. En effet, deux lectures différentes étaient possibles. La première aurait consisté à rapprocher systématiquement le montant de l'indemnité et la durée de la promesse, permettant de cette façon une révision automatique de celui-ci en cas de renonciation anticipée. La seconde aurait consisté à analyser les termes du contrat, afin de vérifier que la volonté des parties était bien de corréliser le montant de l'immobilisation et la durée de la promesse. Cette dernière interprétation est à notre sens la plus juste et la plus en adéquation avec la nature contractuelle de la promesse de vente, laquelle se doit de privilégier la loi des parties et de limiter le plus possible l'immixtion du juge dans le contrat. En tout état de cause, il est toujours possible de stipuler dans la promesse de vente que le montant de l'indemnité d'immobilisation ne pourra jamais donner lieu à une révision. La jurisprudence⁵⁴⁶ admet cette pratique contractuelle qui ne corrèle plus le montant de l'immobilisation et la célérité avec laquelle le bénéficiaire fait connaître sa décision au promettant.

484. Le fondement juridique de cette solution jurisprudentielle – La réduction de l'indemnité d'immobilisation ne s'appuie sur aucun texte spécifique mais sur les dispositions de l'article 1134 du Code civil, l'autonomie de la volonté étant le fondement légitime de la réduction judiciaire. En effet, l'échange voulu par les parties étant fonction d'un équilibre entre le montant de l'immobilisation et sa durée, maintenir un montant équivalent à celui initialement prévu en cas de renonciation anticipée du bénéficiaire consisterait à conférer au promettant un avantage indu. En cas de renonciation anticipée, la réduction judiciaire de l'indemnité permet de faire respecter la loi

⁵⁴⁶ Voir pour l'admission de ce type de clause : Cass. com., 27 mars 1990, *D.* 1990, I, p. 390.

contractuelle des parties. Le pouvoir du juge ne doit pas avoir pour effet de réduire une obligation conventionnellement due comme cela est le cas en matière de révision d'une clause pénale. Il doit avoir pour vocation d'ordonner au promettant de resituer au bénéficiaire la fraction de la somme qui excède le prix conventionnellement fixé, correspondant au montant durant lequel la chose a été véritablement immobilisée.

3: La restitution de l'indemnité d'immobilisation

485. Les différents cas de figure permettant la restitution de l'indemnité d'immobilisation au bénéficiaire — La promesse unilatérale de vente se doit de respecter les règles de formation générale de tout contrat, ce qui implique qu'un contrat d'option dépourvu de cause, d'objet, de consentement ou mettant en présence des parties n'ayant pas la capacité juridique serait considéré comme nul. Par conséquent, l'indemnité d'immobilisation n'aura pas à être versée et devra être restituée le cas échéant. Dans l'hypothèse où le consentement du bénéficiaire n'aurait pas été libre et exempt de vice, il serait possible pour lui d'invoquer la théorie des vices du consentement pour obtenir son annulation, notamment en cas de démonstration de manœuvres dolosives. Dans le même sens, lorsque le promettant a failli à une obligation de renseignement tenant à titre d'exemple dans l'existence d'une servitude d'alignement grevant l'immeuble objet de la vente, le bénéficiaire disposera d'un motif légitime pour ne pas donner suite à la promesse et ne pourra pas être tenu au versement de l'indemnité d'immobilisation. De plus, le choix dont le bénéficiaire dispose pendant le délai d'option est la cause de son obligation de verser l'indemnité d'immobilisation. Si le contrat venait à être annulé pour défaut d'enregistrement, l'obligation du bénéficiaire se trouverait dépourvu de cause. Ce dernier ne serait alors plus tenu de lui fournir la prestation promise. En dernier lieu, la promesse unilatérale de vente peut être consentie sous conditions suspensive. En cas de défaillance de cette condition, le bénéficiaire se trouvera libéré de tout engagement ; l'indemnité d'immobilisation sera donc automatiquement restituée au bénéficiaire.

486. Le risque pris par les parties à l'occasion de la stipulation d'une clause d'immobilisation — Pour le bénéficiaire, le risque pris à l'occasion du versement de l'indemnité d'immobilisation réside dans le paiement d'une somme qui constituera pour lui une perte dès lors qu'il ne lèverait pas l'option. Ce risque doit être analysé comme celui d'un investissement classique, procédant de l'aléa de réaliser ou non l'opération. Il est à noter que l'insertion de ce type de clause dans le corps de l'acte est fonction du rapport de force préexistant entre les parties. De la sorte, dès lors que le bénéficiaire est en position de force lors de la négociation, il est envisageable qu'il soit dispensé du versement d'une telle indemnité.

Du côté du promettant, le risque d'une stipulation d'une clause d'immobilisation réside dans la possibilité de voir soit son montant minoré par les juges dans les hypothèses que nous avons pu apprécier (requalification de la promesse ou renonciation rapide du bénéficiaire), soit de la perdre complètement (en cas de restitution). Afin de se prémunir contre un tel risque, il devra attacher un soin tout particulier à la rédaction de la clause : il devra prendre garde de stipuler un montant de l'indemnité inférieur au seuil de dix pour cent du prix de l'immeuble pour éviter la requalification de la promesse unilatérale en promesse synallagmatique. D'autre part. Il devra préciser que l'indemnité sera due en intégralité et ce sans prendre en considération la corrélation entre son montant total et la durée de la promesse. En dernier lieu, les conditions de formation de la promesse devront être étudiées de près de façon à ne pas entacher l'acte de nullité, notamment en cas de défaut de l'obligation d'enregistrement imposée par l'article 1589-2 du Code civil.

III : L'exécution de la promesse

487. L'exécution forcée de la promesse postérieurement à la levée de l'option et son anéantissement en cas de disparition de la chose qui en fait l'objet — Une fois les conditions de formation de la vente accomplies, la promesse de vente doit être exécutée. Dans le cas où le partenaire ne désire pas réitérer la vente par acte notarié, il est possible pour le cocontractant de demander l'exécution forcée de la convention (**A**). Par ailleurs, il est à noter que la disparition de la chose objet de la promesse, postérieurement à la levée de l'option, entraîne son anéantissement (**B**).

A : l'exécution forcée de la vente

488. L'exécution forcée de la vente — Lorsque le bénéficiaire de la promesse unilatérale de vente a levé l'option, la vente est formée. Néanmoins, il se peut que le promettant décide de ne pas exécuter son obligation postérieurement à la levée de l'option. Dès lors que la promesse prépare un contrat de vente dont la nature est consensuelle, celui-ci est formé immédiatement lors de la rencontre des volontés des deux parties. Ainsi la vente est-elle conclue lorsque l'acceptation née de la levée de l'option rencontre l'offre de vente née de la promesse. Le transfert de propriété de la chose objet de la promesse est en principe immédiat, « *l'ex-bénéficiaire devenu acheteur par la levée de l'option est devenu propriétaire* »⁵⁴⁷. L'exécution forcée en nature de la vente est désormais possible, puisque postérieurement à la levée de l'option c'est d'une vente dont il s'agit. En pratique, ce transfert de propriété n'est pas aussi immédiat lors de la procédure de data-room : la promesse de vente organisant celui-ci prévoit toujours que le transfert se produira au jour de la réitération de la vente sous forme authentique. Dans cette hypothèse, il convient d'analyser l'engagement du promettant comme étant celui de signer cet acte authentique. L'exécution forcée est encore possible et le jugement rendu vaudra constat authentique de la vente comme en matière de promesse synallagmatique de vente⁵⁴⁸.

B : La disparition de la chose

489. La disparition de la chose objet de la promesse postérieurement à la levée de la levée de l'option peut mettre un terme à la promesse unilatérale de vente — Le bénéficiaire devenu propriétaire subit les risques de la chose⁵⁴⁹. Les parties à la procédure de data-room organisent cependant contractuellement le transfert de risque, par le biais de stipulations ayant pour effet de la décaler dans le temps : celui-ci sera effectif au moment de la délivrance de la chose, c'est-à-dire lorsque l'acheteur aura la jouissance de celle-ci.

⁵⁴⁷ Cass. 3^{ème} civ., 11 décembre 1984, *Bull. civ.* 1984, III, n° 212.

⁵⁴⁸ Voir en ce sens : Cass. 1^{ère} civ., 15 décembre 1994, *Bull. civ.* 1994, I, n° 334.

⁵⁴⁹ Voir en ce sens notamment : Cass. com., 7 décembre 1993, *Bull. civ.* 1993, IV, n° 466.

Section 2 : Le contenu de la promesse unilatérale de vente

490. La maîtrise du risque juridique par le biais de la technique contractuelle

— Nous avons précédemment démontré que la promesse unilatérale de vente est un contrat spécifique, doté d'un régime juridique propre dont l'analyse nous a permis d'apprécier les conditions de la mise en œuvre de la responsabilité contractuelle des parties.

En considération de ce risque, les parties vont avoir recours à la technique contractuelle afin d'aménager le régime de la promesse unilatérale de vente et tenter ce faisant de le minorer. Ainsi, convient-il d'apprécier comment la technique contractuelle permet aux parties de se prémunir contre un défaut d'exécution des obligations de leurs partenaires réciproques, tout en tentant de minorer leur propre responsabilité au regard du rapport de force qui s'est instauré entre elles durant la négociation.

De plus, la procédure de data-room porte sur la cession d'un immeuble qui est intrinsèquement porteur d'un certain nombre de risques opérationnels (que nous avons pu identifier précédemment). La période dévolue à la réalisation des audits a permis de les mettre en lumière et la promesse de vente se devra de les intégrer pour tenter de les amoindrir. Il s'agira alors de savoir qui du vendeur ou de l'acquéreur sera appelé à les supporter. Dans cette optique, il appartiendra aux parties de définir dans la promesse de vente les modalités de fonctionnement de la période intermédiaire, à savoir qui du vendeur ou de l'acquéreur sera tenu de gérer l'immeuble et de payer les charges qui lui sont rattachées. De surcroît, le vendeur et l'acquéreur auront toujours prévu le régime applicable en cas de destruction totale ou partielle de celui-ci durant cette période. La maîtrise du risque opérationnel procèdera donc de la contractualisation de cette période intermédiaire, dont il nous faudra analyser le contenu.

Nous traiterons donc dans le présent développement des différentes clauses permettant au vendeur et à de maîtriser le risque juridique par un aménagement du régime de la promesse unilatérale de vente (§1). Puis, nous étudierons les clauses relatives au risque opérationnel, portant sur les conditions de réalisation de la vente immobilière ; nous les analyserons notamment en considération de la dimension financière présidant à la mise en œuvre de la procédure de data-room (§2).

§ 1 : La technique contractuelle et le risque juridique

491. La maîtrise des différentes composantes du risque juridique par la technique contractuelle — Le risque juridique auquel nous nous référons dans le présent développement va être matérialisé par deux composantes. En premier lieu pour que la promesse unilatérale de vente puisse produire les effets pour lesquels elle a été conclue (encore faut-il qu'elle ne soit pas entachée de nullité): l'appréciation du risque juridique sera alors fonction de ses conditions de formation qui devront être appréciées au regard de la procédure de data-room. Il nous faudra alors analyser comment s'interpénètrent les conditions de formation propres à toutes les conventions (et donc à la promesse de vente), et les spécificités propres à cette procédure.

En second lieu, nous avons pu déterminer que cet avant-contrat dispose d'un régime juridique qui lui est propre et qu'en considération de celui-ci les parties s'engagent l'une envers l'autre à exécuter réciproquement des obligations de nature contractuelle. Le risque juridique procède alors d'un éventuel engagement de leur responsabilité en cas d'inexécution de ces obligations croisées. Si l'appréciation du risque juridique repose alors sur une étude des conditions de mise en œuvre de cette responsabilité, la maîtrise du risque juridique procédera quant à elle de la possibilité pour les parties d'aménager ces conditions d'engagement par des stipulations contractuelles. Partant, il nous faudra déterminer l'incidence de la technique contractuelle en ce qu'elle permet de minimiser ce risque par un aménagement des conditions d'engagement de la responsabilité des parties.

Ainsi nous faudra-t-il voir comment la rédaction de la promesse doit permettre de s'assurer de sa validité au stade de sa formation (I), puis comment les parties vont aménager le régime juridique inhérent à son exécution (II).

I : Les stipulations contractuelles relatives à la formation de la promesse

492. Le contenu de la promesse et ses conditions de formation — Pour que la promesse de vente puisse être l'outil de maîtrise du risque juridique pour les parties, encore faut-il que celle-ci soit valablement formée. Nous verrons donc comment doit être rédigée la promesse afin d'éviter que la nullité puisse par la suite affecter l'acte. Pour ce faire, nous

traiterons d'une part de la rédaction des clauses inhérentes aux parties (notamment de la validité d'une clause de substitution dans le corps de l'acte) (A), et d'autre part de l'objet et de la cause de la promesse (B). En dernier lieu, il nous faudra apprécier l'incidence de la clause afférente à la durée de la promesse (C).

A : Les parties

493. L'identification des parties requise à peine de nullité de la promesse et la possibilité pour elles de stipuler une clause de substitution — A peine de nullité, la promesse unilatérale de vente doit contenir une clause permettant l'identification des parties, dont il nous faudra apprécier le formalisme (1). Cette étape constitue le premier versant de la problématique d'identification des parties à l'acte. Le second est constitué par la présence (presque toujours systématique au regard de la qualité des parties) d'une clause de substitution dans le corps de la promesse à laquelle les parties ont recours lors de la procédure de data-room. Dans le cas où elle ne serait pas valable, si celle-ci n'a pas pour effet d'entraîner la nullité de l'acte, il nous appartient d'en apprécier la validité et les avantages qu'elle offre aux contractants (2). Dans un souci de clarté, nous associerons ces deux notions dans le présent développement bien que seule la première soit de nature à priver la promesse de ses effets.

1 : La clause portant sur l'identification des parties

494. De la rédaction de la clause portant sur l'identification des parties à la promesse — La problématique du formalisme de la clause portant sur l'identification des parties est tributaire de la qualité de ces dernières. Lors de la procédure de vente d'un immeuble par le biais d'une procédure de data-room, les parties seront presque toujours des personnes morales: banque, fond d'investissement, compagnie d'assurance, foncière ... A ce titre, la clause d'identification devra préciser, à peine de nullité, leur forme juridique, l'adresse de leur siège social et le cas échéant leur immatriculation au registre du commerce et des sociétés.

Le respect de ce formalisme, qui relève de la pratique notariale, n'appelle que peu de remarques à l'exception toutefois de la problématique afférente à la délégation de pouvoir. Les sociétés personnes morales devront être représentées au jour de la signature par leur président

ou directeur général. Or, il s'avère que les ventes d'immeubles seront effectuées non pas par eux en personne, mais par les services respectifs (asset management, investissement, acquisition-vente) de leur société. Partant, au jour de la promesse, il leur faudra accorder une délégation de pouvoir à l'un de leurs collaborateurs chargé en leur nom de réaliser l'opération contractuelle. De ce fait, il faudra nécessairement adjoindre en annexe de la promesse la délégation de pouvoir du gérant investissant son représentant du pouvoir de signer celle-ci. Dans le cas où cette délégation ferait défaut, la promesse serait entachée de nullité.

2 : La clause de substitution

495. Quid de la validité de la clause de substitution et de son contenu - Les parties insèrent toujours une clause de substitution dans le corps de l'acte. Celle-ci permet la circulation du bénéfice de la promesse à un tiers désigné ou non désigné. Stipulée en faveur du bénéficiaire, elle lui permet généralement de substituer une autre société à celle initialement prévue dans le corps de l'acte. La nature et le régime de cette clause de substitution ont toujours levé un certain nombre d'interrogations. Il nous faudra donc analyser la validité d'une telle prévision contractuelle. Pour ce faire, nous en définirons dans un premier temps la nature **(a)** avant d'en appréhender par la suite le contenu **(b)**.

a : La nature de la clause de substitution

496. La clause de substitution, une stipulation pour autrui - La troisième chambre civile de la Cour de cassation a été amenée à se prononcer sur la nature de la clause de substitution dans un arrêt du 2 juillet 1969⁵⁵⁰. Elle a retenu à cette occasion qu'il convenait d'analyser cette clause comme une stipulation pour autrui. Depuis lors, cette jurisprudence est constante. Ainsi, la substitution ne donne-t-elle pas lieu à une application des articles 1690 et 1589-2 du Code civil dès lors qu'elle ne s'analyse pas comme une cession de droit de créance.

⁵⁵⁰ Cass. 3^{ème} civ., 2 juillet 1969, D.1970, p. 150. « *les juges du fond, rappelant que la promesse unilatérale de vente (...) régulièrement enregistrée le lendemain, comportant la faculté (pour le bénéficiaire de se substituer tout acquéreur de son choix, énonce justement, que pour réaliser une telle opération, une simple déclaration de sa part suffirait, qu'aucune cession de créance n'était intervenue entre lui et les acquéreurs désignés par lui, le contrat s'analysant en une stipulation pour autrui (...) la Cour a légalement justifiée de sa décision* ».

La doctrine n'a pas été unanime au regard de cette analyse. Plusieurs auteurs ont été tentés de recourir à d'autres qualifications et notamment à celle de délégation. Ainsi, pour Louis Boyer⁵⁵¹, la qualification de stipulation pour autrui est-elle artificielle. Selon lui, la seule justification d'une telle qualification est à rechercher dans une réelle hostilité de la Cour de cassation aux formalités de l'article 1690 du Code civil et à l'ancien article 1840 A du CGI. En effet, le propre de la stipulation pour autrui consiste à faire naître un droit de substitution directement dans le patrimoine du bénéficiaire, sans que celui-ci n'y ait jamais figuré en qualité de stipulant. Or, le droit d'option fait partie du patrimoine du bénéficiaire initial avant de profiter au bénéficiaire qui lui serait substitué. Partant, il y a donc l'exécution d'une obligation de céder le bénéfice de la promesse qui devrait être analysée comme une cession antérieure et non comme une stipulation pour autrui. Pour Mme Bénac - Schmidt⁵⁵², la stipulation pour autrui ne jouerait pas son rôle qui consisterait, selon elle, à servir au paiement d'une dette du premier bénéficiaire stipulant ou à la réalisation d'une libéralité au profit du bénéficiaire de la stipulation. En effet, la stipulation a généralement eu lieu à titre onéreux d'un substituant à un substitué qui n'ont entre eux aucun lien d'obligation préexistant. Toujours selon cet auteur, la Cour refuserait d'y voir une stipulation pour autrui, l'arrêt du 4 janvier 1971⁵⁵³ devant être analysé comme un revirement de jurisprudence dès lors que cette juridiction a décidé à cette occasion que « *l'acte par lequel est consenti à un bénéficiaire ou à toute autre personne qu'il se réserve de se substituer la faculté d'acquéreur si bon lui semble (...) est une promesse à laquelle l'article (1840 A du CGI) est applicable* ». Cette analyse devra néanmoins être nuancée dès lors que ce type de clause est apprécié dans le cadre de la procédure de data-room. En effet, elle ne vise que la substitution à la société, acquéreur-initial, d'une société filiale ou appartenant au même groupe et ce à titre gratuit.

497. La clause de substitution : une délégation ? – Dans la stipulation pour autrui, il est nécessaire qu'un lien de droit existe dès la conclusion du contrat entre le promettant et le tiers qui lui sera substitué. Dans le cas de la promesse unilatérale de vente, le lien de droit n'existe qu'entre le promettant et le bénéficiaire, toutes deux parties à l'acte. Certains auteurs

⁵⁵¹ L. BOYER, « Clause de substitution et promesse unilatérale de vente », *JCP. G* 1987, I, n° 3310.

⁵⁵² F. BENAC-SCHMIDT, « La promesse unilatérale de vente : à propos de deux questions d'actualité », *D.* 1990, p.7.

⁵⁵³ Cass.1^{ère} civ. 4 janvier 1971, *D.* 1972, p. 36.

ont tenté de critiquer la qualification de substitution pour autrui et lui préférer celle de délégation. Cette qualification permettrait d'expliquer l'arrêt du 27 avril 1988⁵⁵⁴ à l'occasion duquel la Cour avait retenu que le bénéficiaire de la promesse conservait la qualité pour lever l'option en cas de renonciation du tiers substitué. Cette solution quelque peu mystérieuse pourrait être interprétée comme concluant à la non-cessibilité des droits issus d'une promesse de vente en cas de stipulation d'une clause de substitution. Cependant, il est également possible de prétendre que c'est l'acceptation de la délégation que le bénéficiaire substitué a rétractée. Dès lors qu'il n'y a pas de délégation sans consentement du délégataire, le promettant n'a toujours que le bénéficiaire initial pour créancier. Ainsi est-il normal qu'il puisse lever l'option. La Cour ne s'est pas prononcée sur la qualification de la clause de substitution, elle énonce simplement que le bénéficiaire initial peut toujours lever l'option puisqu'il n'y a pas eu de cession de créance.

498. La Cour de cassation confirme son analyse tenant au rejet de la qualification de cession au profit de la stipulation pour autrui - Pour M. Ghestin⁵⁵⁵, si la Cour a écarté l'application de l'ancien article 1840 A du CGI, ce n'est pas tant par hostilité mais bien parce que la qualification de stipulation pour autrui est indéniablement mieux adaptée à la diversité des situations concrètes que celle de cession de contrat ou de créance. Dès lors que la substitution n'est pas prévue par l'article précité, il convient tout simplement d'écarter la norme fiscale. De surcroît, son analyse se fonde sur l'impossibilité pour la Cour de cassation d'exclure de son propre chef l'application d'un texte impératif. Ainsi, la qualification de substitution pour autrui lui permet-elle de procéder à cette exclusion. Face à ces hésitations et critiques doctrinales, la Cour de cassation n'a pas hésité à confirmer sa jurisprudence par un arrêt en date du 17 avril 1984⁵⁵⁶. Selon ce dernier, la clause de substitution n'est pas une cession de créance. Cette solution a été reprise par la suite dans un arrêt en date du 1^{er} avril 1987⁵⁵⁷. Force est de constater que dans ces deux arrêts, la Cour ne

⁵⁵⁴ Cass. 3^{ème} civ., 27 avril 1988, *Bull. civ.* 1988, III, n° 80, p. 46.

⁵⁵⁵ J. GHESTIN, *Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat : formation*, 2^{ème} éd., 1988, LGDJ.

⁵⁵⁶ Cass 3^{ème} civ., 17 avril 1984, *D.* 1985, p. 234, note I. Najjar : « Cette substitution qui n'a pas le caractère d'une cession, n'entre pas dans le domaine d'application de l'article 1840 A du CGI ».

⁵⁵⁷ Cass. 3^{ème} civ., 1^{er} avril 1987, *D.* 1987, p. 544, note L. Aynès : « Le fait pour les bénéficiaires d'une promesse de vente de se substituer un tiers ne constitue pas une cession de créance et n'emporte pas obligation d'accomplir les obligations prévues à l'article 1690 du Code civil ».

qualifie plus la clause de substitution de stipulation pour autrui mais la qualifie négativement en retenant qu'il ne s'agit pas d'une cession de créance. Toujours selon cet auteur, cette qualification négative procède de ce que la Cour de cassation n'a pas la nécessité de reproduire la justification théorique d'une solution lorsqu'elle se borne à la mettre en application à l'occasion de l'étude d'un nouveau cas d'espèce. En l'occurrence, la Cour s'est contentée de tirer les conséquences de l'arrêt de 1969 et d'en transposer la solution : l'inapplication des articles 1640 et 1840 du CGI. Pour M. Soubise⁵⁵⁸, la Cour n'ayant plus fait référence à la stipulation pour autrui depuis la jurisprudence de 1969, il n'y a plus lieu de vouloir assimiler clause de substitution et stipulation pour autrui.

En conclusion, nous sommes fondés à croire que qualifier de cession la faculté de substitution stipulée dans la promesse unilatérale de vente mise en œuvre par les parties lors de la procédure de data-room, reviendrait à lui retirer tout intérêt. En effet, il est de jurisprudence constante que le bénéficiaire d'une promesse est en capacité de céder le droit qu'elle fait naître à son profit dès lors que cette possibilité de cession n'est écartée ni par la nature *intuitu personae* du contrat, ni par une clause expresse de la promesse. Partant, la cessibilité de la promesse étant de principe, à quoi servirait la rédaction d'une clause spécifique ayant pour effet d'entraîner les mêmes conséquences ? La clause de substitution ne peut avoir de véritable portée qu'à la condition d'apporter à son bénéficiaire un droit qu'il ne possédait pas au regard du régime général de la promesse. L'utilité de la clause de substitution réside donc dans la possibilité d'organiser contractuellement une cession qui déroge aux exigences des articles 1690 et 1840 A ancien du CGI. Dès lors que toutes les conditions de la stipulation pour autrui sont réunies dans la promesse, il n'existe aucune raison de ne pas approuver la solution consacrée par la Cour de cassation.

b : La rédaction de la clause de substitution

499. Proposition de clause — La clause de substitution insérée dans le contrat de promesse permet la circulation de son bénéfice à un tiers désigné ou non désigné. De façon générale, elle est insérée de la façon suivante dans le corps de l'acte :

⁵⁵⁸ V. SOUBISE, « La transmission, par substitution de bénéficiaire, des droits conférés par une promesse de vente », *D.* 1994, chron., p. 237.

« La présente promesse est accordée au bénéficiaire ou à toute autre personne qu'elle désignera pour lui être substituée. Le promettant s'engage par avance à accepter cette substitution. Il incombera au bénéficiaire d'informer le promettant préalablement à l'exercice d'une telle substitution ».

Pour des raisons pratiques, la clause de substitution stipulée par les parties dans le cadre d'une promesse lors de la procédure de data-room vise à permettre la transmission du bénéfice d'une société personne morale (partie à la promesse) à une autre société du même groupe. En effet, la société partie à l'acte pourra être la société mère d'un groupe voulant acquérir l'immeuble en vue de l'allouer à un véhicule juridique dédié à cet effet. Or, au moment de la rédaction de la promesse, il est possible que ce véhicule ne soit pas encore constitué. Il s'agit d'un avantage gratuit consenti par le promettant au bénéficiaire, qui procède de la logique de la procédure de data-room. Elle se présente souvent de la façon suivante dans les promesses unilatérales de vente signées par les parties lors d'un arbitrage immobilier :

« L'acquéreur se réserve la faculté de se substituer la société ... ou toute autre société appartenant au groupe ... dans le bénéfice du présent contrat ».

500. L'aménagement de la clause de substitution — Les parties disposent par ailleurs de la faculté d'aménager cette clause en vue de s'assurer que le bénéficiaire initial se porte garant du bénéficiaire qui lui sera substitué :

« Le bénéficiaire s'engage au profit du promettant à lui garantir toute somme que le substitué pourrait lui devoir au titre de la promesse et notamment le montant de l'indemnité d'immobilisation portant sur l'immeuble commercial objet de la promesse de vente ».

501. La transformation de la clause de substitution en clause d'agrément — Enfin, la clause de substitution peut se transformer en clause d'agrément :

« La substitution envisagée par la présente clause ne sera cependant possible qu'une fois l'agrément du substitué par le promettant. Il incombera au bénéficiaire initial de la promesse unilatérale de vente de lui présenter ce dernier et au promettant de lui faire connaître sa réponse dans un délai d'un mois. Une fois ce délai écoulé, la substitution sera tacitement réputée refusée par le promettant ».

B : L'objet de la promesse unilatérale de vente et de la désignation du bien vendu

502. La promesse doit porter sur la vente d'un objet déterminé à des conditions déterminées — Comme toutes les conventions, la promesse unilatérale de vente doit, à peine de nullité, porter sur un objet déterminé (1) à des conditions déterminées (2).

1 : L'offre objet de la promesse doit porter sur un contrat déterminé...

503. La rédaction de la clause portant sur l'objet de la promesse - L'objet de la promesse unilatérale de vente est de mettre à la charge du promettant l'obligation de maintenir l'offre de contrat définitif émise à l'intention du bénéficiaire pendant tout le délai d'option. En considération de cet objet, la promesse doit nécessairement comporter une clause présentant le cadre générale de l'opération contractuelle. Dans la pratique, une clause satisfaisant à cet impératif est insérée dans le corps de la promesse sous la forme suivante :

« Le vendeur s'engage à vendre à l'acquéreur, qui s'engage à acquérir, dans le délai et aux conditions mentionnées dans la présente promesse unilatérale de vente, l'immeuble tel que désigné ci-après ».

A l'occasion de la rédaction de cette clause, les parties peuvent rappeler que la réalisation de l'ensemble des conditions suspensives est nécessaire à la formation de la vente, tout comme la réitération des consentements par acte authentique.

2 : ... A des conditions déterminées

504. La détermination de la chose et du prix — Pour que la promesse unilatérale de vente soit efficace, c'est-à-dire qu'elle puisse entraîner la conclusion définitive du contrat de vente en cas de levée de l'option par le bénéficiaire, elle devra comprendre à peine de nullité les éléments essentiels du contrat envisagé : la détermination de la chose (a) et du prix (b).

505. Des clauses portant sur la désignation de la chose — La promesse unilatérale de vente porte sur un immeuble commercial. A ce titre, elle sera toujours assortie d'une clause de désignation générale de l'immeuble (i) ainsi que d'une déclaration du vendeur permettant d'en identifier toutes les composantes (ii). Alors que la première, relevant de la pratique notariale, s'inscrit dans un formalisme nécessaire à la validité de la promesse, la seconde renvoie à la logique économique de l'arbitrage immobilier et permet d'associer à chaque volume de surface le nom de l'éventuel locataire qui l'occupe.

i : La désignation générale de la chose vendue

506. La rédaction de la clause de désignation de l'immeuble – Au regard du droit des obligations, la chose vendue doit exister ou être future, être possible et incluse dans le commerce juridique. Tout comme la vente, la promesse peut porter tant sur une chose de genre qu'un corps certain. Classiquement, en l'absence d'une chose déterminée ou déterminable, la levée de l'option par le bénéficiaire n'aura pas pour effet de former la vente. Dans le cas de la promesse de vente s'insérant dans la procédure de data-room, il est particulièrement important de désigner correctement l'immeuble.

La clause de désignation du ou des biens immobiliers vendus a été largement standardisée par la pratique notariale. En premier lieu, une clause générale désigne l'immeuble ou l'ensemble immobilier cédé :

« La société venderesse est propriétaire du bien immobilier dont la désignation est la suivante : Un immeuble ou un ensemble immobilier, situé sur la commune de ... et cadastré comme suit ..., pour une contenance de ... ».

Par la suite, il appartient au notaire chargé de la rédaction de donner la désignation des lots de copropriété ou de volumes cédés selon l'organisation juridique de l'immeuble en cas de fractionnement du droit de propriété. En présence de lots de volumes, il lui faudra mentionner la désignation exacte du volume, son altitude, sa côte ainsi que sa localisation au sein de l'ensemble immobilier. En présence de lots de copropriété, il devra mentionner la localisation au sein de la copropriété ainsi que les tantièmes de parties communes qui sont affectées dans

la désignation de chacun. Par ailleurs, conformément à la loi du 18 décembre 1996⁵⁵⁹ dite loi Carrez, un expert géomètre aura procédé au mesurage des surfaces de chacun des lots au regard des critères de ce texte. Une « attestation loi carrez » devra être établie, mentionnant que les constructions afférentes à l'immeuble commercial sont bien incluses dans les lots de copropriété objets de la vente. Elle devra être jointe en annexe de la promesse.

ii : La déclaration du vendeur relativement à la chose vendue

507. La déclaration du vendeur inhérente à la désignation de l'immeuble - Une fois l'ensemble des lots de volumes ou de copropriété désignés dans la promesse, le vendeur va déclarer la superficie totale de l'immeuble ou de l'ensemble immobilier par le biais d'une nouvelle clause. Il va également définir le contenu de l'immeuble, des lots de copropriété ou de volumes qui ont été préalablement identifiés. Il n'existe pas de clause standard portant sur cette désignation qui incombe en pratique au vendeur et non à son notaire. Elle s'inscrit dans une finalité économique et permet d'identifier chaque lot de copropriété ou de volume en fonction du locataire qui l'occupe. A notre sens, une telle clause pourrait être rédigée comme suit⁵⁶⁰ :

« Le vendeur déclare que l'ensemble immobilier développe une surface plancher de ..., s'inscrivant dans les lots de volumes ci-dessus désignés et comprenant :

- *Un ensemble de moyenne surface localisée au sein d'une galerie commerciale*
- *Un ensemble d'espaces communs*
- *Un ensemble d'espaces de stationnements*

La galerie commerciale comprend les moyennes surfaces suivantes :

Lot 1 : Enseigne X

Lot 2 : Enseignes Y

Lot 3 : Enseigne Z

La galerie commerciale comprend les espaces communs suivants :

- *Mail*
- *Dégagement*
- *Locaux techniques*
- *Locaux administratifs*
- *Locaux sociaux*

⁵⁵⁹ Loi n° 96.1107 du 18 décembre 1996.

⁵⁶⁰ En l'espèce, nous avons pris pour support la cession d'une galerie commerciale incluse dans un ensemble immobilier commercial plus vaste de type centre commercial

- Réserves
- Terrasses

La galerie commerciale comprend également :

- Un ensemble d'espaces de stationnement ».

iii : L'importance des annexes en matière de désignation de l'immeuble vendu

508. La communication en annexe des relevés de surface établis par un géomètre expert — Le vendeur assure à l'acquéreur que la superficie qu'il déclare dans le corps de l'acte correspond à la situation réelle de l'immeuble. Pour ce faire, une clause intitulée « relevé de surface » succède généralement à la clause de désignation du bien. Elle stipule que le vendeur a communiqué à l'acquéreur l'ensemble des relevés des surfaces de vente, utiles, des espaces communs, des surfaces SHON, SHOB et planchers établis par un géomètre expert et sous sa responsabilité. Ces relevés de surface sont remis à l'acquéreur à titre informatif et ne constituent pas en pratique une garantie de la part du vendeur.

509. La communication en annexe des différents plans dressés par un géomètre expert — Dans le cadre de la vente de l'immeuble, les plans réalisés par un géomètre expert et communiqués aux candidats-acquéreurs par le biais de la data-room sont annexés à la promesse de vente. En règle générale, il s'agira du plan parcellaire, du plan topographique, des plans des surfaces commerciales et individuels de chacune des boutiques, du plan des espaces communs, du plan masse, du plan des surfaces SHON et SHOB, celui d'emprise de la construction au sol, des surfaces fiscales et non fiscales, et le cas échéant du plan d'indentification des différents lots de copropriété ou de volumes.

La communication de ces surfaces permet de prévenir les contentieux entre les parties à propos de la désignation des biens objets de la vente. L'acquéreur dispose de toutes les pièces lui permettant de prendre connaissance des superficies exactes de l'immeuble. Il ne pourra pas rechercher la responsabilité du vendeur au regard de la désignation et des surfaces du bien vendu, sauf à démontrer la responsabilité de l'expert géomètre.

b : Le prix

510. La rédaction de la clause portant sur le prix de vente de l'immeuble — Organisée par le biais de la data-room, la consultation des candidats à l'acquisition a permis au vendeur de choisir son cocontractant final sur la base des offres qui lui ont été remises à la clôture. L'objet de la data-room étant la détermination du prix de vente de l'immeuble, la clause le mentionnant n'appelle que peu de remarques. Il s'agit d'un prix déterminé dont les parties prévoient en pratique le paiement comptant à la date de la signature de la vente par acte authentique.

Au regard des dispositions des articles L 561-1 à L 574-4 du Code monétaire et financier, modifiés par l'ordonnance du 30 janvier 2009⁵⁶¹, il appartient toutefois à l'acquéreur de déclarer l'origine des fonds qu'il engage dans l'acquisition de l'immeuble commercial. Il devra ainsi déclarer que ceux-ci ne proviennent pas d'une infraction passible d'une peine privative de liberté supérieure à un an, ou qu'il ne participe pas au financement du terrorisme. Il devra également déclarer que les opérations envisagées aux termes de la présente promesse de vente ne sont pas liées au blanchiment de capitaux ou au financement du terrorisme.

C : La durée

511. L'absence de durée n'invalide pas la promesse — Dans sa plus simple définition, la promesse unilatérale de vente est la convention par laquelle le promettant propose pendant une certaine durée de vendre son bien à un prix déterminé au bénéficiaire. Se pose alors la question du délai pendant lequel cette option sera maintenue. En droit français, la promesse unilatérale de vente consentie sans mention d'un délai d'option est parfaitement valable, le législateur n'ayant pas imposé celle-ci à peine de nullité. En effet, le principe en la matière tient en la possibilité de conclure sans détermination de durée toutes les fois que le législateur n'aura pas entendu en disposer autrement. Ainsi, la durée maximale du délai est-elle de trente ans, période correspondant au délai de prescription des obligations contractuelles en droit français.

⁵⁶¹ Ordonnance n° 2009-104 du 30 janvier 2009 relative à la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme.

512. La résiliation unilatérale de la promesse, corollaire inévitable de l'absence de durée — La faculté de résiliation unilatérale du contrat est le tempérament impératif à l'absence de durée. Il est considéré comme le corollaire nécessaire de la prohibition de l'engagement perpétuel. Ainsi, les dispositions de l'article 1146⁵⁶² du Code civil prévoient-elles la formalité de la mise en demeure qui est exigée en règle générale lorsque le débiteur d'une obligation de faire ne s'exécute pas, permettant ainsi de se dégager du contrat. En pratique, lorsque la promesse ne comporte aucun délai et que le promettant souhaite se délier, il doit mettre en demeure son cocontractant et lui faire connaître sa décision dans un délai raisonnable. Dès lors que la renonciation ne peut se présumer, le bénéficiaire a alors une obligation de faire connaître sa décision. En définitive, l'indétermination du délai n'est pas de nature à empêcher la validité de la convention tant que le contrat peut être unilatéralement résilié.

Dans la procédure de data-room, la promesse sera toujours assortie d'un délai d'option. En effet, il est impensable de prévoir l'immobilisation d'un immeuble commercial pour une durée indéterminée ainsi qu'une faculté de résiliation unilatérale de la promesse laissée au bon vouloir du promettant. Cette solution serait intrinsèquement source d'incertitude et contraire à la logique de la mise en œuvre de la procédure de data-room. La durée du délai d'option est fonction de la durée laissée au bénéficiaire pour lever les conditions suspensives qui pourront éventuellement être présentes dans le corps de la promesse. En effet, en l'absence de précision d'un délai pour la réalisation de la condition suspensive, l'expiration du délai pour opter vaut défaillance de la condition. Lorsque la promesse contient une ou plusieurs conditions suspensives, il est donc impératif de prévoir un délai plus long que celui prévu pour la réalisation de ces conditions. De plus, en cas de survenance du terme sans que l'option n'ait été levée, il est utile de préciser que l'arrivée de celui-ci vaut caducité de la promesse. Ainsi, la clause prévoyant la durée du délai d'option pourrait-elle se présenter sous la forme suivante :

« La présente promesse est consentie et acceptée pour une durée de A l'expiration de ce présent terme le ... à ... heures, sans que le promettant n'ait reçu de réponse de la part

⁵⁶² L'article 1146 du Code civil dispose que : « *les dommages et intérêts ne sont dus que lorsque le débiteur est en demeure de remplir son obligation, excepté néanmoins lorsque la chose que le débiteur s'était obligé de donner ou de faire ne pouvait être donnée ou faite que dans un certain temps qu'il a laissé passer. La mise en demeure peut résulter d'une lettre missive, s'il en ressort une interpellation suffisante* ».

du bénéficiaire, la présente promesse sera considérée comme caduque sauf quant aux effets de la clause d'immobilisation, sans que le promettant n'ait besoin de faire aucune mise en demeure ni de remplir aucune formalité judiciaire ».

Dans un souci d'optimisation et d'adaptation à la procédure de data-room, la clause prévoyant la durée du délai d'option consenti au bénéficiaire pourra prendre la forme suivante :

« En cas de réalisation des conditions suspensives, sous lesquelles la présente promesse est consentie, les parties s'engagent irrémédiablement à constater par acte authentique la réalisation définitive de la vente qui pourra être demandée jusqu'à l'expiration d'un délai de ... jours à compter de la réalisation de la dernière en date des conditions suspensives. Passé ce délai, chacune des parties pourra astreindre l'autre par tous moyens et voies de droit, à la régularisation de l'acte authentique. Une fois le délai d'option arrivé à terme, la présente promesse sera réputée caduque ».

D : La stipulation des conditions suspensives

513. La condition suspensive portant sur le financement de l'immeuble — En matière de data-room, il n'est pas rare que la promesse unilatérale de vente soit assortie d'une ou plusieurs conditions suspensives. A ce stade de l'opération contractuelle, la condition suspensive la plus usuelle est celle portant sur l'obtention par l'acquéreur d'un prêt destiné à financer le contrat préparé. Dès lors que les deux parties sont des professionnels de l'immobilier, il convient d'écarter les dispositions de l'article L 312-16 alinéa 2 du Code de la consommation⁵⁶³. Selon celui-ci, lorsque le prix est payé directement, indirectement ou partiellement, à l'aide d'un ou plusieurs prêts, la promesse est conclue sous la condition suspensive de l'obtention de ce prêt. En effet, cette disposition s'inscrit dans un mouvement de protection du consommateur face à un professionnel de l'immobilier. Elle ne peut donc trouver matière à s'appliquer dans le cadre de la procédure de data-room, laquelle met en présence deux professionnels de l'immobilier. La clause comprenant la condition suspensive relative au financement peut se présenter de la façon suivante :

⁵⁶³ L'alinéa 2 de l'article 312-16 du Code de la consommation dispose que : « *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* ».

« La présente promesse unilatérale de vente est consentie et acceptée sous réserve de la levée de la condition suspensive au plus tard le ... portant sur l'obtention du financement sollicité. Il est expressément convenu que la condition suspensive portant sur l'obtention d'un prêt sera réputée réalisée dès lors que l'organisme de crédit sollicité sera en mesure de produire une offre régulière correspondant aux caractéristiques du financement de l'opération. Le bénéficiaire s'engage à faire dans les plus brefs délais, toutes les démarches nécessaires pour l'obtention de ce prêt et à en justifier à première demande ».

Nous traiterons plus spécifiquement des enjeux de cette clause lors des développements afférents aux conditions suspensives stipulées dans le cadre d'une promesse synallagmatique de vente.

II : Les stipulations contractuelles relatives à l'exécution de la promesse

Pu pu

514. L'aménagement des obligations des parties et des modalités afférentes à la levée de l'option — La promesse unilatérale de vente est dotée d'un régime juridique qui lui est propre et dont nous avons pu illustrer les faiblesses en cas d'inexécution par l'une des parties de ses obligations. Pour pallier cette carence, les parties vont aménager le contenu de la promesse. Celle-ci devient alors un puissant levier de maîtrise risque juridique, leur permettant de se prémunir contre le défaut d'exécution de leur cocontractant et d'en prévoir la sanction. Il nous faudra donc analyser la rédaction des clauses permettant de contractualiser le défaut d'exécution des obligations des parties (**A**) ainsi que les clauses afférentes aux modalités de levée de l'option (**B**).

A : La contractualisation de la sanction rattachée à l'inexécution des obligations des parties

515. De la rétractation de la promesse et du paiement de l'indemnité d'immobilisation - Nous verrons ici successivement la sanction de l'obligation du promettant qui viendrait soit à rétracter la promesse antérieurement à la levée de l'option, soit à céder l'immeuble à un tiers (**1**). Puis, nous aborderons celle du bénéficiaire, tenant à son obligation de payer l'indemnité d'immobilisation (**2**)

1 : L'aménagement contractuel de la sanction des obligations du promettant :
la rétractation

516. L'aménagement de la sanction de la rétractation par le biais d'une clause pénale – La sanction de l'inexécution du promettant doit nécessairement être contractualisée par la promesse, notamment en raison de la position de la Cour de cassation autorisant sa rétractation antérieurement à la levée de l'option. Il s'agit alors d'aménager tant les conditions que les effets d'une telle rétractation, et de prévoir l'hypothèse de la vente du bien à un tiers.

Le contenu de la promesse aura fait l'objet d'une négociation entre les parties. Le bénéficiaire se sera vu imposer une clause d'immobilisation, dont le montant pourra être particulièrement élevé eu égard au prix de vente. En contrepartie, il souhaitera se prémunir contre un défaut d'exécution de l'engagement de son partenaire. Pour le dissuader de se délier ou de réaliser la vente définitive avec un tiers⁵⁶⁴, il pourra insérer une clause pénale fixant le montant de l'indemnité en cas de rétractation. Cette stipulation aura le mérite de déterminer par avance le montant dû et d'éviter d'introduire une action en justice visant à obtenir des dommages et intérêts, dont l'évaluation pourra être sujette à caution. En règle générale, lorsqu'une telle clause est présente dans le corps de l'acte, son montant devra être particulièrement élevé afin d'être réellement dissuasif, s'opposant ainsi à la rétraction de la promesse en vidant ce geste de toute logique économique. En effet, pour que la rétractation soit économiquement rentable, le tiers devra formuler une offre d'achat tellement supérieure à celle du promettant qu'elle couvrirait le montant de la clause pénale tout en permettant au vendeur de réaliser une plus-value de cession. Dans la pratique, cette situation sera impossible puisqu'elle matérialiserait une erreur d'estimation de l'immeuble tant du vendeur que de l'acquéreur. Elle n'est pas envisageable dans une procédure dont les parties sont toutes deux professionnelles de l'immobilier, rompues à ce type d'opération et assistées de conseils. Partant, une clause pénale supérieure ou égale à quinze pour cent de la valeur vénale de l'immeuble ne devrait pas permettre à un tiers acquéreur de se positionner en lieu et place du bénéficiaire.

Ainsi, cette possibilité pour le bénéficiaire d'aménager la promesse de manière optimale passe-t-elle nécessairement par une stipulation visant à dissuader le promettant de se

⁵⁶⁴ Situation qui n'est pas inenvisageable à la clôture de la data-room, un des candidats acquéreurs évincé pouvant être tenté de revenir vers le vendeur pour lui présenter une nouvelle offre plus attractive que celle du bénéficiaire.

rétracter prématurément. De plus, il sera possible de stipuler une clause pénale renforcée par une clause de dédit qui aura pour objet de permettre au promettant de se soustraire à son exécution en payant un prix dont le montant a été convenu par avance. Contrairement à la clause pénale, la clause de dédit présente l'intérêt notable que son montant ne puisse pas être remis en cause par les juges⁵⁶⁵

517. La stipulation prévoyant la renonciation anticipée à toute possibilité de rétractation - Il ne sera pas inutile de faire renoncer par avance le promettant à toute possibilité de rétractation avant l'expiration du délai d'option. De la sorte, l'engagement souscrit pourra être jugé irrévocable. Les parties pourront également convenir d'une clause d'exécution forcée judiciaire en cas de manquement à cette obligation du promettant. Ces différentes possibilités sont bien entendu tributaires du rapport de force préexistant entre les parties. Une telle clause pourrait alors prendre la tournure suivante :

« Les dispositions de l'article L 271-1 du Code de la construction et de l'habitation sont inapplicables aux présentes, en raison de la nature de l'immeuble. Par suite, il n'y a pas lieu de purger le délai de rétractation institué par cet article. D'autre part, le vendeur renonce par avance à toute rétractation de la présente promesse jusqu'à l'expiration du délai fixé pour la levée de l'option ».

Un autre mécanisme pourra être mis en place : il consisterait à transformer l'ensemble des flux de sommes d'argent en un système semblable à la technique des arrhes, telle que prévue par les dispositions de l'article 1590 du Code civil. La clause pourrait alors être rédigée de la manière suivante :

« Le promettant pourra renoncer à poursuivre la promesse, à tout moment. Il devra alors verser au bénéficiaire une somme égale à deux fois le montant de l'indemnité d'immobilisation. La même somme sera versée en cas de méconnaissance par le promettant des droits du bénéficiaire et notamment en cas de vente du bien, objet des présentes, à un tiers ».

⁵⁶⁵ Voir en ce sens : Cass. Com, 18 janvier 2011, n° 09-16863, *Inédit*.

2 : L'aménagement contractuel de la sanction des obligations du bénéficiaire :
le paiement de l'indemnité d'immobilisation

518. L'aménagement des modalités de paiement de l'indemnité d'immobilisation - La sanction de l'inexécution de l'obligation par le bénéficiaire de la promesse ne présente pas de difficultés particulières. Son obligation principale correspond au paiement de l'indemnité d'immobilisation. L'avant-contrat pourra prévoir que la sanction afférente à son inexécution résultera d'une clause de résiliation de plein droit, évitant ainsi au promettant de recourir au juge. Cependant, une telle clause serait inadaptée dès lors qu'il lui suffirait de retirer sa promesse pour obtenir le même effet. De surcroît, la résolution emporte nécessairement un anéantissement rétroactif du contrat, dont la résultante serait d'imposer la restitution de ladite indemnité entre les mains du bénéficiaire ... qui ne l'a initialement pas versée. Partant, il s'agira moins de traiter dans le présent développement des aménagements contractuels de nature à prémunir le bénéficiaire contre le défaut d'exécution du promettant **(a)** que d'appréhender comment la promesse organise le versement de l'indemnité d'immobilisation et détermine son sort **(b)**.

a : Les différentes modalités de versement de l'indemnité d'immobilisation

519. Les différentes hypothèses tenant au versement de l'indemnité d'immobilisation — Nous traiterons ici de deux hypothèses : la première sera celle du versement de l'indemnité d'immobilisation au moment de la signature de la promesse **(i)**, tandis que la seconde tiendra à son versement au moment de la levée de l'option **(ii)**.

i : Le versement de l'indemnité au moment de la signature de la promesse

520. Les différentes possibilités de versement de l'indemnité d'immobilisation au moment de la signature de la promesse — Les modalités relatives au paiement de l'indemnité d'immobilisation sont multiples. Il n'existe pas à proprement parler d'usage pour la promesse portant sur un immeuble commercial. Son montant sera fonction de la négociation

des parties et du rapport de force qui se sera instauré entre elles, mais aussi de la liquidité de l'actif, de son attrait pour les investisseurs, etc. En tout état de cause, la seule règle en la matière est de ne pas porter son montant à plus de dix pour cent du prix total de la vente, afin d'éviter un risque potentiel de requalification de la promesse unilatérale en promesse synallagmatique. En pratique, le versement peut avoir lieu directement entre les mains du promettant à la signature de la promesse:

« Au regard de la présente promesse, le bénéficiaire a versé au promettant la somme de ... euros à l'appui de son engagement au promettant qui le reconnaît ».

Cependant, le versement peut également se faire entre les mains d'un séquestre qui sera l'office notarial à qui la tâche de rédiger l'acte a incombé. La clause d'immobilisation est alors rédigée comme suit:

« A titre d'indemnité d'immobilisation de l'immeuble, le bénéficiaire a versé à la comptabilité de l'office notarial visé en tête des présentes, la somme de ... euros à l'appui de son engagement. Cette somme est immédiatement remise à ..., domicilié à ..., intervenant aux présentes qui le reconnaît et restera dépositaire de ladite somme en qualité de tiers convenu au sens de l'article 2076 du Code civil ».

ii : Le versement de l'indemnité d'immobilisation au moment de la levée de l'option

521. Les modalités de versement de l'indemnité d'immobilisation à la levée de l'option - Le versement de l'indemnité d'immobilisation peut également avoir lieu à la levée de l'option, dès lors que les parties l'ont stipulé dans la promesse. La clause d'immobilisation sera alors rédigée de la manière suivante :

« Au regard de la promesse qui lui a été consentie, le bénéficiaire s'engage envers le promettant qui le reconnaît et lui en consent bonne et valable quittance d'autant, sous réserve de l'encaissement du chèque, la somme de ... euros. En vue de garantir le versement de cette somme, le bénéficiaire a obtenu de l'établissement bancaire ..., un cautionnement solidaire avec renonciation aux bénéfices de discussion et de division dont la durée est de ... suivant acte du ... dont le montant est remis au séquestre en la personne de Le montant de cette indemnité est acquis au promettant, son montant irrévocablement fixé ne pourra subir aucune variation en fonction de la date à laquelle le bénéficiaire fera connaître sa décision d'acquiescer ou non. Le bénéficiaire ne pourra en aucun cas se soustraire à son versement au motif que le promettant n'a subi aucun préjudice et ne pourra en demander ni la révision ni la réduction ».

b : Le sort de l'indemnité d'immobilisation

522. La contractualisation par les parties des conditions de versement de l'indemnité d'immobilisation — Le sort de l'indemnité d'immobilisation est prévu par la promesse. En déterminant les conditions dans lesquelles elle sera due, le promettant et le bénéficiaire entendent se prémunir contre le régime général de la promesse unilatérale de vente. Dans le cadre de la procédure de data-room, la pratique a standardisé la rédaction de ce type de clause qui présente généralement la forme suivante :

« *Le sort de l'indemnité sera le suivant :*

- *Cette somme restera acquise au promettant au cas où toutes les conditions suspensives⁵⁶⁶ de la promesse de vente étant réalisées ou réputées réalisées en application de l'article 1178 du Code civil, dans les délais prévus par les parties, l'acquéreur aurait refusé de signer l'acte de vente, nonobstant toute sommation à lui faite par voie d'huissier d'avoir à comparaître devant le notaire soussigné pour la réitération des présentes, sans préjudice de tous dommages et intérêts que le vendeur se réserve le droit de demander.*
- *Cette somme s'imputera sur le montant du prix exigible lors de la réitération des présentes ».*

B : La contractualisation des modalités de la levée d'option

523. La prévision contractuelle des modalités afférentes à la levée de l'option — La promesse de vente doit répondre à un besoin de sécurité juridique et de lutte contre l'imprécision. A ce titre, elle devra préciser les modalités inhérentes à la levée de l'option. En ce sens, il appartient aux parties d'introduire dans l'acte une stipulation contractuelle de nature à préciser que les conditions de fond inhérentes à la levée de l'option ont bien été remplies. Il s'agit essentiellement d'apprécier que les obligations mises à la charge du bénéficiaire ont été satisfaites. Pour éviter toute incertitude, la promesse devra également préciser les conditions de forme propres à la levée. Dès lors que le bénéficiaire n'accepte la promesse que « sous réserve », ou avec des modalités non prévues initialement, ou encore à titre conditionnel ou conservatoire, la levée de l'option est en principe inefficace à former la vente définitive du fait

⁵⁶⁶ En matière de conditions suspensives, est ici spécifiquement visée la condition tenant au financement de l'acquisition de l'immeuble par le bénéficiaire.

que l'acceptation n'est pas en tous points identique à l'offre. Les parties peuvent cependant prévoir cette situation et stipuler qu'elle sera de nature à ouvrir une période de négociation. Ainsi, au regard de ces différentes problématiques, une clause prévoyant les modalités de la levée de l'option pourrait-elle prendre la forme suivante :

« Une fois les conditions suspensives réalisées ou après avoir renoncé à celles stipulées exclusivement en sa faveur, le bénéficiaire pourra lever l'option soit par exploit d'huissier, soit par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou remise en main propre contre récépissé. L'écrit contenant la levée de l'option devra être remis ou adressé à ... et lui parvenir au plus tard au jour de l'expiration du délai d'option ».

§2 : La technique contractuelle et le risque opérationnel

524. L'analyse de la promesse en considération du risque opérationnel — La logique financière présidant à la mise en œuvre de la procédure de data-room doit nous amener à envisager la vente de l'immeuble à travers le prisme de l'économie. Il s'agira alors de réduire la vente à son plus simple degré d'expression : la cession d'un immeuble, support matériel de la collecte d'un revenu. La promesse de vente, lorsqu'elle est analysée dans ce contexte doit permettre aux parties de maîtriser le risque opérationnel. Celui-ci sera différent selon que l'on se place du point de vue du bénéficiaire-acquéreur ou de celui du promettant-vendeur. Pour le premier, la maîtrise du risque opérationnel consistera à se prémunir contre une baisse de la valeur de l'immeuble telle qu'il a pu la déterminer à la clôture de la data-room et le moment de la réitération de la vente en sa forme authentique. Pour le second, la maîtrise du risque consistera à se prémunir du paiement d'un ensemble de postes de charges immobilières qui ne seraient pas compatibles avec sa qualité d'ancien propriétaire.

Nous ne traiterons pas ici de la question des conditions suspensives dès lors que nous réserverons leur analyse aux développements portant sur la promesse synallagmatique de vente.

Partant, une fois cette définition du risque économique admise, les parties peuvent utiliser la promesse de vente de deux façons dans un souci de prévention. La première sera fonction des aménagements contractuels inhérents au transfert de propriété de l'immeuble (I). La seconde a trait à la prévision d'un régime applicable à la période intermédiaire (s'étalant de la signature de la promesse jusqu'à celle de l'acte de vente définitif) à travers lequel les parties

règleront la question de la gestion de l'immeuble et les hypothèses afférentes à la baisse de son revenu (II).

I : Les aménagements contractuels et le transfert de la propriété de l'immeuble

525. Le retardement du transfert de propriété de l'immeuble — Dans sa finalité économique, la procédure de data-room permet le transfert de la propriété de l'immeuble dont le corolaire sera la perception d'un loyer. En pratique, les parties retarderont toujours conventionnellement le transfert de propriété de l'immeuble jusqu'à la réitération de la vente définitive. Partant, il nous faudra d'abord apprécier les effets de ce mécanisme contractuel (A), avant comment celui-ci organise le transfert de jouissance de l'immeuble (B)

A : L'aménagement contractuel du retardement du transfert de propriété

526. La définition, les effets, et la mise en œuvre de la clause retardant le transfert de propriété de l'immeuble — La promesse unilatérale de vente concrétise l'échange des consentements entre le vendeur et l'acquéreur. Une fois l'option levée (et les conditions suspensives réalisées), la vente devient parfaite dès lors que la promesse constate un accord sur la chose et le prix. C'est donc au jour de l'échange des consentements que la vente sera réputée formée avec toutes les conséquences qui y sont attachées : transfert de propriété, exigibilité des droits d'enregistrement, et ce, quand bien même l'acquéreur (juridiquement propriétaire) n'aura pas encore la jouissance de l'immeuble. En considération de cet état de fait, l'observation de la pratique en matière de vente immobilière illustre que l'avant-contrat retardera toujours le transfert de propriété à la signature de l'acte authentique qui constatera par ailleurs le paiement du prix. De plus, il apparaît que si la vente n'est formée que par la levée de l'option dans le cadre de la promesse unilatérale de vente, cette même option n'est jamais levée par les parties en pratique : elle est tacitement contenue dans l'acte authentique. Partant, comme l'acte de vente constate l'échange des consentements, il forme la vente et constate également le paiement du prix, le transfert de propriété et l'entrée en jouissance de l'acquéreur ainsi que tout le régime des garanties. *A priori*, il n'est donc pas nécessaire de stipuler une clause prévoyant le retardement du transfert de propriété dans la

promesse. Néanmoins, force est de constater que dans un souci de sécurité juridique, la pratique insère systématiquement ce type de stipulation, retardant ainsi le transfert de propriété à la signature de l'acte notarié. Il nous faudra donc définir ce mécanisme (1), en apprécier les effets (2) et enfin analyser sa mise en œuvre dans le cadre de la promesse échangée lors de l'arbitrage d'un immeuble commercial (3).

I : La description du mécanisme juridique

527. La dissociation de la vente et du transfert de propriété - Le retardement du transfert de propriété est une technique contractuelle visant à dissocier la vente du transfert de propriété. Se pose alors la question suivante : faut-il voir dans cette dissociation l'existence d'un terme ou d'une condition ?

La notion de condition doit être écartée : le retardement du transfert de propriété à la signature de l'acte risquerait de relever du domaine du potestatif. Ce mécanisme laisserait présager que c'est la formation de la vente qui a été retardée à la signature de l'acte, entraînant alors une confusion avec la promesse synallagmatique de vente. Nous pourrions alors objecter que la condition suspensive n'affecte pas la formation du contrat mais seulement le transfert de la propriété de l'immeuble. Cependant, cette analyse doit également être réfutée car elle induirait qu'en cas de non réalisation de la condition suspensive, la vente serait alors maintenue sans que la propriété n'ait été transférée. Il en résulterait donc un contrat sans transfert de propriété, alors que ce dernier est par nature attaché à la vente.

La notion de terme ne paraît guère plus convaincante. En souhaitant introduire dans la promesse un retardement du transfert de propriété, les parties ont voulu inclure la notion de durée. Le transfert de propriété étant acquis, seule sa date serait incertaine, faisant apparaître un terme incertain. Partant, une analyse de la pratique illustre que la signature de l'acte authentique et le paiement du prix sont des éléments certains. Pour s'en convaincre, il suffit de se reporter à la jurisprudence en la matière⁵⁶⁷. Comme le rappelle Mme. Saint-Alary-Huin, « même affecté du subjectivisme du terme incertain, c'est-à-dire de la croyance psychologique certaine des parties en l'arrivée de cet événement, il n'est pas possible de l'affecter à la signature de l'acte authentique et du paiement du prix, pour le vendeur, il s'agit d'une telle

⁵⁶⁷ Voir en ce sens : C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Réflexions sur le transfert différé de la propriété immobilière*, in Mélanges Raynaud, éd. Dalloz, 1985, p.733.

réalité qu'il ne pourrait concevoir d'effectuer la vente sans l'exécution de cette obligation, et s'il ne souhaite rattacher le transfert de la propriété au paiement du prix, c'est que l'exécution de cette obligation n'est pas à ses yeux certaine ».

Ni la condition, ni le terme ne sont en mesure d'explicitier le fonctionnement de ce mécanisme. Ainsi faut-il en rechercher l'explication dans le cadre de l'organisation que les parties ont voulu faire de la vente immobilière. Le retardement du transfert de propriété à la signature n'est pas constitutif d'une obligation souscrite par le vendeur. Ce transfert de la propriété résulte de la vente elle-même et plus spécifiquement de son organisation particulière. Celle-ci est rendue possible au nom de l'autonomie de la volonté, indépendamment de l'accord sur la chose et le prix que constitue la vente. Partant, *« de même que les parties ont le pouvoir de modifier la charge des risques, et dans une certaine mesure, leurs obligations respectives, de même peuvent-elles différer la transmission du droit de propriété normalement attaché à leur accord de volonté »*⁵⁶⁸.

2 : Les effets du mécanisme juridique

528. Les effets du retardement sur le transfert de la propriété de l'immeuble —

L'acquéreur ne peut être créancier que d'une obligation de donner, dès lors que le transfert de propriété participe à la nature même de la vente. De ce constat découle une différenciation entre le transfert de propriété et l'obligation de délivrance qui incombe au vendeur, consistant à mettre l'acquéreur en possession de la chose objet de la vente. Comme le fait Mme Saint Alary-Huoin, il faut alors admettre que *« l'acheteur puise aussi dans sa qualité de contractant le droit d'exiger la constatation du transfert de propriété, lorsque le vendeur refuse de signer l'acte authentique »*⁵⁶⁹. Cette analyse permet d'expliquer qu'en l'absence d'obligation une sanction puisse être prévue, consistant en une constatation judiciaire de ce transfert. Ainsi, le transfert n'a-t-il pas à faire l'objet d'une nouvelle convention entre les parties. Comme un automatisme de la vente, il va découler de la signature de l'acte authentique et du paiement du prix. Si le vendeur refuse de venir signer l'acte notarié, une décision judiciaire pourra se substituer à cette carence et constater le transfert de propriété.

⁵⁶⁸ *Ibidem.*

⁵⁶⁹ *Ibidem.*

Cette analyse nous conforte dans l'idée que les parties sont libres de prévoir les stipulations expresses propres à retarder le transfert de propriété, dont il nous faut à présent apprécier la rédaction

3 : La rédaction des clauses portant sur le retardement du transfert de propriété

529. Proposition de clause aménageant le retardement du transfert de propriété

— Après l'analyse de la pratique notariale en matière de vente d'immeuble, force est de constater que toutes les promesses sont inclusives d'une telle clause lorsqu'elles s'insèrent dans le cadre plus global d'une procédure de data-room. La pratique en a standardisé le contenu qui prendra la forme suivante :

« Les parties conviennent que la promesse n'est pas translatrice du droit de propriété dont le transfert au profit de l'acquéreur n'aura lieu qu'à la date de transfert à savoir au jour de la signature de l'acte authentique et en contrepartie du paiement de la totalité du prix de vente et du versement des frais par la comptabilité du notaire soussigné et celle du notaire participant. Par l'effet du transfert de propriété, l'acquéreur sera subrogé dans les droits et obligations du vendeur en qualité de propriétaire ».

B : L'aménagement de la transmission de la jouissance: du revenu et des charges

530. La contractualisation des effets du transfert de propriété - Il convient pour les parties de prévoir les effets attachés au transfert de jouissance de l'immeuble, et notamment dans le cadre de la procédure de data-room, les modalités de perception de son revenu (1) ainsi que le paiement des charges qui y sont liées (2).

1 : La perception des loyers

531. L'organisation conventionnelle de la perception des loyers au jour du transfert de jouissance - Les parties ont entendu retarder le transfert de la propriété de l'immeuble au moment de la signature de l'acte authentique. De ce fait, il leur appartient de

stipuler la date à laquelle l'acquéreur entrera en jouissance de l'immeuble et pourra commencer à collecter son revenu. De surcroît et au regard de la procédure de data-room dans laquelle s'insère la promesse de vente, le vendeur rappellera la situation locative exacte de l'immeuble de façon à prévenir d'éventuels contentieux. Il le fera tant par stipulations expresses que par la production d'annexes. Une telle clause pourra être rédigée de la façon suivante :

« L'acquéreur aura la jouissance de l'immeuble à compter de la date de transfert, par la perception des loyers ou indemnités d'occupation, l'immeuble étant loué l'acquéreur déclare avoir une parfaite connaissance de la situation locative par les informations et les réponses qui ont été fournies par le biais de la data-room. Il est ici précisé qu'aux termes de l'acte de vente, il reconnaîtra être le nouveau bailleur et sera en conséquence, purement et simplement substitué dans les droits et obligations du vendeur à l'égard du locataire ou occupant des biens ».

Il sera important de joindre les annexes de nature à démontrer la réalité de la situation locative au moment de l'entrée en jouissance de l'acquéreur. À l'aune de la pratique, ces documents sont d'une part un état locatif, d'autre part un état des impayés, puis un état des contentieux juridique portant sur l'immeuble, et enfin un état des sinistres en cours. Tous ces écrits devront être actualisés au jour de la signature de la promesse, puis réactualisés par la suite au jour de la signature de l'acte authentique. En sus de ces annexes, le vendeur sera souvent amené à effectuer un certain nombre de déclaration portant sur la situation contractuelle. Elles seront en effet propres à formaliser les négociations qui se sont déroulées préalablement entre les parties. Ces déclarations pourront parfois tenir lieu de garantie contractuelle. À titre d'exemple, nous retiendrons les déclarations suivantes :

« Le vendeur déclare que les biens immobiliers sont loués conformément aux baux figurant dans le data-room ».

« Qu'à sa connaissance, il n'a reçu aucune demande écrite de réduction portant sur les loyers de l'immeuble et ce depuis le ... ».

« Que les loyers seront libres de toutes cession, délégation, saisie ou de toute sureté au jour de l'acte authentique ».

2 : Le paiement des charges

532. La répartition des charges entre le promettant et le bénéficiaire - À l'occasion de la promesse, les parties décident de retarder le transfert de la propriété de l'immeuble à la date de la signature de l'acte authentique. De cette manière, l'acquéreur n'en a pas encore la jouissance et le vendeur en demeure juridiquement le propriétaire. Dans les faits, il s'assurera que toutes les conditions économiques propres à la réalisation du transfert sont réunies, parmi lesquelles se pose la question de la répartition des charges rattachées à l'immeuble. Le principe en la matière tient en une répartition du paiement des charges au prorata de la détention de l'immeuble sur l'année civile en cours. A ce titre, le vendeur sera tenu de payer les différents postes de charges pour la période antérieure à la cession de l'immeuble, l'acquéreur devant pour sa part les supporter à compter de la date d'acquisition. Ces différents postes de charges donnent souvent lieu à des stipulations contractuelles qui devront d'une part les identifier et d'autre part préciser les conditions dans lesquelles l'acquéreur se substituera au vendeur à compter du transfert de propriété. En règle générale, ces clauses sont spécifiques à chaque immeuble et procèdent de négociation auxquelles se sont livrées les parties. Elles seront plus ou moins étoffées selon l'organisation juridique de la propriété de l'immeuble vendu : pleine propriété, copropriété, volumétrie. À titre d'exemple, nous retiendrons les clauses relatives au paiement des charges courantes et au paiement des travaux. C'est ainsi qu'une clause relative aux charges courantes d'une copropriété ou d'une volumétrie ne présentant pas de singularité particulière pourrait se présenter de la façon suivante :

« Le vendeur déclare supporter jusqu'à la date du transfert, les charges courantes calculées au prorata sur la base du dernier appel de charge ».

Pour la répartition des charges dues au titre des travaux entre le vendeur et l'acquéreur, nous pouvons retenir la clause suivante :

« Le Vendeur supportera le coût des travaux de copropriété jusqu'à la date de ce jour, que ces travaux soient exécutés ou en cours d'exécution. L'acquéreur supportera seul les travaux qui viendraient à être votés à compter de cette date.

Les travaux qui viendraient, le cas échéant, à être décidés à compter de ce jour jusqu'au jour de la régularisation de l'acte de vente, ne seront supportés par l'acquéreur que si ce dernier a été mis en mesure d'assister à l'assemblée ayant décidé lesdits travaux.

En conséquence, en cas de réunion d'une assemblée générale des copropriétaires entre ce jour et la date de transfert, le vendeur s'oblige à communiquer à l'acquéreur par tous moyens toute convocation qui lui serait adressée de participer à une assemblée des copropriétaires, dans les huit (8) jours de la réception de cette convocation.

L'acquéreur pourra, dans le délai de cinq (5) jours de la réception de cette convocation, donner au vendeur toute instruction sur le vote à exprimer lors de l'assemblée concernée. Le vendeur s'oblige à se conformer à ces instructions, à moins que celles-ci contreviennent manifestement à l'exécution d'une obligation légale ou à une gestion en bon père de famille des biens immobiliers.

A défaut d'instruction reçue de l'acquéreur, le vendeur votera comme bon lui semble. Faute par le vendeur d'informer l'acquéreur de la convocation reçue, il sera alors tenu de supporter, nonobstant les dispositions du projet d'acte authentique, le coût des travaux votés ».

II : L'anticipation de la possible baisse de revenu de l'immeuble

533. La maîtrise contractuelle du risque portant sur le possible baisse des revenus de l'immeuble — Durant la période intermédiaire, le temps est comme suspendu : plus aucune démarche ne sera entreprise sur l'immeuble. Aucune des parties n'y a intérêt, dès lors qu'elles ne sont pas encore assurées de la réalisation de la vente. L'enjeu est alors de le laisser en l'état sans rechercher à en majorer ou en minorer la valeur. En effet, le vendeur n'est plus tout à fait propriétaire et l'acquéreur ne l'est pas encore totalement. Alors que le premier regarde vers le large, (plus exactement vers les investissements que lui permettront de réaliser la cession, le positionnant à son tour dans la place d'un candidat-acquéreur), le second attend de pouvoir enfin commencer à collecter les revenus de l'immeuble et à mettre en œuvre le modèle économique d'acquisition qui supposera d'entamer les grandes manœuvres consistant à créer de la valeur : commercialisation des locaux vacants, négociation des loyers et des charges avec les locataires dont les baux sont en cours de renouvellement, mise en œuvre de travaux de rénovation, etc. Il est donc nécessaire de prévoir qui, du vendeur ou de l'acquéreur, devra supporter le risque tenant en une destruction de la valeur de l'immeuble durant ce laps de temps. Pour ce faire, la promesse comportera un régime général portant sur la gestion de l'immeuble. Il poursuivra l'objectif d'assurer l'acquéreur sur la valeur de l'immeuble et d'éviter que les éventuelles interventions ou non-interventions du vendeur ne viennent minorer celle-ci (A). D'autre part, le transfert de propriété n'étant pas encore intervenu, l'acquéreur

n'entend pas supporter le risque portant sur une destruction partielle ou totale de l'immeuble
(B).

A : La gestion de l'immeuble par le vendeur et des règles générales

534. La gestion de l'immeuble lors de la période intermédiaire - Durant toute la phase d'audit, l'acquéreur a pu apprécier le risque d'investissement que représente pour lui l'acquisition de l'immeuble. En formalisant les négociations, la promesse acte d'un prix d'achat convenu entre les parties et intègre le risque que représente cet investissement. Cependant, le transfert de propriété est retardé à la signature de l'acte authentique ; le vendeur dispose encore des prérogatives de droit attachées à la jouissance de la chose. Il est donc possible pour lui d'intervenir sur l'immeuble durant toute la période intermédiaire et d'en majorer ou minorer la valeur. L'hypothèse d'une majoration du prix de vente n'a pas de sens dans une telle configuration, le vendeur n'ayant aucun intérêt à accroître celle-ci. En effet, dès lors que le prix de vente est déterminé, il ne sera pas fondé à en demander une augmentation au prorata des éventuels aménagements ou travaux d'amélioration qu'il aurait faits de son propre chef. L'hypothèse d'une minoration de la valeur de l'immeuble est quant à elle possible. Effectivement, le vendeur pourrait considérer qu'il n'est déjà plus propriétaire et laisser la situation de l'immeuble périliter par sa négligence ou son absence de diligence. Ainsi, l'acquéreur devra-t-il nécessairement anticiper cette situation en prévoyant un régime de gestion pour obliger le vendeur à maintenir l'immeuble en l'état. Cette clause pourrait se présenter de la manière suivante :

« Pendant la durée de la promesse, le vendeur s'engage à :
- ne pas conférer de droit réel ou personnel sur l'immeuble, ni le grever d'aucune quelconque charge,
- respecter toutes les obligations légales et contractuelles relatives à l'Immeuble,
- informer l'acquéreur de tout changement important qui pourrait affecter, de manière significative, ledit immeuble.
- maintenir l'immeuble correctement assuré jusqu'à la date de signature de l'acte de vente, et de façon générale, gérer l'immeuble à tous égards en bon père de famille au sens du Code civil et dans le cours normal des affaires, et tenir informé l'acquéreur de toute évolution significative de la situation locative. Notamment, continuer à réaliser à ses frais les travaux d'entretien courants relatifs à l'immeuble à l'exclusion des gros travaux relevant de l'article 606 du Code civil, sauf si ces gros travaux revêtaient un caractère d'urgence ou résultaient d'une injonction de l'administration ».

B : La destruction de l'immeuble

535. La prévision des différentes hypothèses de destruction de l'immeuble - La décision d'acquérir l'immeuble repose sur un modèle économique qui est fonction de pérennité des revenus qui va créer dans le futur. Se pose alors le problème de sa destruction totale ou partielle durant la période intermédiaire. Bien que les éventuelles conditions suspensives aient été réalisées et que l'option ait été levée, le transfert de propriété n'est pas encore intervenu. Il ne se produira qu'au moment de la réitération de la vente par acte authentique. En considération de cet état de fait, l'acquéreur ne souhaitera pas assumer la charge du risque tenant à la destruction de l'immeuble durant la période intermédiaire, dont la résultante financière serait une minoration de la valeur des flux qu'il génère. Il désirera alors laisser une porte de sortie lui permettant de renoncer à l'opération contractuelle. Encore faut-il délimiter le seuil de destruction de valeur de l'immeuble lui permettant de s'échapper du carcan de la promesse. Le vendeur sera par nature réticent à laisser cette porte trop ouverte car à ce stade de la procédure, la non-réalisation de l'opération contractuelle serait lourde de conséquences pour lui. En effet, il faudrait envisager de remettre un actif immobilier surexposé et dégradé sur le marché avec toutes les conséquences que cela emporterait notamment sur sa valorisation. Partant, il appartiendra aux parties de définir un régime contractuel applicable à ces hypothèses de destruction de valeur. D'une part, il aura pour objectif de prévenir les contentieux futurs en stipulant les conditions de prise en charge des éventuels travaux de remise en l'état ainsi que les modalités permettant à l'acquéreur de quitter la promesse. D'autre part, il aura vocation à prévenir d'éventuels contentieux soumis à l'appréciation souveraine des juges du fond. Ainsi, la pratique a-t-elle normalisé ces clauses en prévoyant l'hypothèse de la destruction complète de l'immeuble (1), ainsi que celle de sa destruction partielle (2).

1 : L'hypothèse de la destruction totale de l'immeuble

536. La destruction totale de l'immeuble délie le bénéficiaire de la promesse — En cas de destruction totale de l'immeuble, il est normal que l'acquéreur soit délié de la promesse de vente. La clause portant sur cette hypothèse devra donc prévoir la résiliation de

plein droit de l'avant-contrat ainsi que la restitution de l'indemnité d'immobilisation. La rédaction de ce type de clause peut se réaliser de la manière suivante :

« En cas de destruction totale des biens immobiliers, la promesse sera résiliée de plein droit et les parties seront déliées de tout engagement. Dans cette hypothèse, l'indemnité, dont le versement a été constaté aux présentes lui sera immédiatement restituée ».

2 : L'hypothèse de la destruction partielle ou sinistre

537. La détermination du seuil de sinistralité permettant la répartition de la charge du risque — L'intérêt de la clause portant sur la destruction partielle de l'immeuble est de prévoir la répartition du risque entre le vendeur et l'acquéreur. La détermination par les parties d'un seuil de sinistralité permet de répartir celui-ci. En-dessous de ce seuil, l'acquéreur, futur propriétaire, sera tenu d'en assumer les conséquences et de prendre à sa charge la potentielle dégradation de la valeur économique de l'immeuble qui en résulterait. En somme, il s'agit d'assumer le risque inhérent à tout investissement et d'éviter d'en transférer la charge au vendeur qui, en qualité de futur « ancien propriétaire », n'y aurait aucun intérêt. En effet, dans le cas contraire, soit il assisterait à la minoration du prix de cession (au prorata de la remise en l'état de l'immeuble), soit il serait tenu de remettre l'immeuble en l'état sans pouvoir en demander le remboursement à l'acquéreur. La pratique a largement normalisé le seuil de sinistralité et fixe celui-ci selon deux conditions cumulatives. D'abord, il est impératif que le sinistre rende impossible l'exploitation normale des surfaces détruites. Puis, il doit affecter au moins trente pour cent de la surface totale de l'immeuble. Une fois cette double condition satisfaite, l'acquéreur dispose d'une option. Il pourra poursuivre l'opération de cession, le vendeur devant alors déléguer à l'acquéreur le bénéfice des indemnités d'assurance affectées aux réparations, à charge pour lui d'entreprendre la réalisation des travaux de remise en l'état. Mais il pourra également renoncer à la réalisation de la vente et se voir restituer son indemnité d'immobilisation. Cette clause pourrait être présentée de la façon suivante :

« En cas de destruction partielle ou de survenance d'un sinistre, rendant impossible l'exploitation normale des surfaces détruites et affectant 30% au moins de la surface de l'immeuble, l'acquéreur devra notifier son choix au vendeur dans un délai de dix (10) jours de la réception de la lettre recommandée l'informant de la destruction partielle des biens immobiliers ou de la survenance d'un sinistre :

- *soit de poursuivre l'acquisition des biens immobiliers et conserver les indemnités d'assurance non encore affectées aux réparations. Dans cette hypothèse, le vendeur s'oblige à déléguer à l'acquéreur le bénéfice desdites indemnités et à signifier ladite délégation à la compagnie d'assurance. L'acquéreur fera alors son affaire personnelle de la réalisation des travaux de réparation.*
- *soit de ne pas poursuivre l'acquisition des biens immobiliers. Dans cette hypothèse, l'indemnité, dont le versement a été constaté aux présentes, sera immédiatement restitué à l'acquéreur. En l'absence de notification de son choix par l'acquéreur au vendeur dans le délai ci-dessus, l'acquéreur sera réputé poursuivre la vente.*

À titre de condition essentielle et déterminante, il est convenu qu'en cas de survenance d'un sinistre total ou d'un sinistre partiel pour lequel l'acquéreur a fait part de son souhait de ne pas poursuivre l'acquisition dans les conditions susvisées, de l'un ou l'autre des immeubles objet des promesses visées à l'exposé stipulées indivisibles, ledit sinistre fera obstacle, sauf accord exprès et contraire des parties, au respect de l'engagement du vendeur et de l'acquéreur sur l'immeuble non sinistré ».

Conclusion du Chapitre 1

La promesse unilatérale de vente

538. Les forces et les faiblesses de la promesse unilatérale de vente — Le régime juridique de la promesse unilatérale de vente n'est pas de nature à conférer aux parties un niveau de sécurité juridique suffisant au regard des enjeux de la procédure de data-room. En effet, dans l'ignorance du législateur, ses modalités de fonctionnement ont été établies par l'action combinée de la doctrine et de la jurisprudence. Ces interventions ont parfois abouti à des solutions peu protectrices pour l'un ou l'autre des protagonistes. En cas de rétractation de l'offre antérieurement à la levée de l'option, le refus de l'exécution forcée de la promesse ou la possibilité de voir les magistrats s'immiscer dans le rapport contractuel (en modifiant le montant de l'indemnité d'immobilisation) en sont de bons exemples.

D'autre part, force est de constater que la nature contractuelle de cette promesse permet aux parties de stipuler un ensemble de clauses propres à pallier les lacunes procédant de ce régime. Cette alternative aboutit à constituer autant de remèdes permettant de définir tant les obligations réciproques des parties que les sanctions qui y sont afférentes et ce dans le respect du rapport de force qui se sera instauré entre elles lors de la négociation. Alors que l'une verra sa responsabilité contractuelle plus facile à engager, elle constatera qu'il sera plus difficile de mettre en œuvre celle de son cocontractant. De plus, cette possibilité d'aménagement du contenu de la promesse est en adéquation avec la souplesse nécessaire de la procédure de data-room et le besoin de la réadapter constamment au regard de de la casuistique propre à chaque vente d'immeuble. Ainsi, l'organisation du régime de la période intermédiaire procède-t-elle de cette logique. Elle permet de sécuriser le bénéficiaire-acquéreur face aux risques susceptibles d'être destructeurs de valeur jusqu'à la signature de l'acte authentique, que ceux-ci relèvent du fait du vendeur (qui par sa négligence laisserait l'immeuble se détériorer) ou d'un fait extérieur. Cette solution sécurise également le promettant-vendeur en ne lui imposant pas de façon systématique de remettre en état le bien en cas de destruction. Elle organise au contraire la ventilation des charges, de façon à ce qu'il ne soit tenu de les payer une fois l'immeuble cédé.

Chapitre 2 : La promesse synallagmatique de vente

539. La promesse synallagmatique de vente analysée en considération de la notion de risque — La promesse synallagmatique de vente est l'avant-contrat le plus employé lors de la procédure de data-room et cela pour plusieurs raisons.

La première tient au régime de cette promesse qui permet l'engagement des deux parties et ce à compter de sa signature (par opposition à la promesse unilatérale de vente et à l'option qu'elle offre au bénéficiaire). Ce mécanisme juridique est plus en adéquation avec la logique de la procédure de data-room où les parties entendront mettre fin à l'incertitude ayant entouré la phase des pourparlers et voudront se prémunir à ce stade de la vente contre une éventuelle défaillance de leur cocontractant. En ce sens, le régime de la promesse synallagmatique répond assez bien à cette attente puisque par opposition à la promesse unilatérale de vente il permet le recours à l'exécution forcée sous certaines conditions.

La seconde tient à ce que la promesse synallagmatique permet de conditionner la formation de la vente, non pas à l'exercice d'un droit d'option, mais à la levée d'un ensemble de conditions suspensives qui seront librement négociées entre les parties. Certes, la promesse unilatérale peut être dotée de conditions suspensives ; mais peu importe qu'elles soient ou non levées, dès lors que le vendeur pourra se rétracter antérieurement à la levée de l'option et que l'acquéreur pourra choisir de ne pas exercer son droit. En revanche, lors de la promesse synallagmatique, les deux parties sont engagées l'une envers l'autre en cas de promesse synallagmatique de vente. La seule possibilité pour elles de se désengager est de stipuler un ensemble de conditions suspensives propres à retarder la formation de la vente. La négociation de ces conditions suspensives permet de maîtriser les risques afférents à la vente, là encore en fonction de la casuistique propre à chaque opération.

Il nous faudra donc analyser la promesse synallagmatique en considération de ces impératifs et déterminer comment son régime est de nature à prémunir les parties du risque de défaillance de leur partenaire au regard des obligations nées de la promesse (et cela de façon beaucoup plus performante que ne peut le faire la promesse unilatérale). Nous aborderons donc, dans un premier temps, l'étude du fonctionnement de la promesse synallagmatique de vente (**Section 1**), puis par la suite, nous en analyserons le contenu. Il est à noter que l'essentiel des remarques que nous avons pu faire en la matière au regard des promesses

unilatérales de vente étant transposable aux promesses synallagmatiques, nous ne traiterons ici que des conditions suspensives permettant le traitement des risques opérationnels et qui incarnent l'esprit même de cette convention (**Section 2**).

Section 1 : Le fonctionnement de la promesse synallagmatique de vente

540. La nature et le régime de la promesse synallagmatique de vente — La promesse synallagmatique de vente met un ensemble d'obligations à la charge des parties, dont l'inexécution est de nature à engager leur responsabilité contractuelle. Il existe donc pour elles un risque juridique tenant aux conditions de cet engagement. Partant, il nous faudra nécessairement définir les conditions de mise en œuvre de cette responsabilité, ce qui présuppose d'une part de déterminer la nature juridique de telles conventions (§1) pour en apprécier par la suite le régime (§2).

§1 : La nature juridique de la promesse synallagmatique de vente

541. La définition de la promesse synallagmatique et les avantages qu'elle procure aux parties lors de la procédure de data-room — L'analyse de la nature juridique de la promesse de vente passe nécessairement par une définition de cet avant-contrat ainsi que l'étude de son autonomie au regard de la vente définitive (I). En effet, ce n'est qu'une fois cette question tranchée qu'il sera possible d'apprécier l'intérêt pour les parties d'y recourir (II).

I: La distinction entre la promesse synallagmatique de vente et la vente définitive

542. L'analyse de la promesse synallagmatique - Dans un premier temps, il nous faudra définir la promesse synallagmatique de vente afin d'en apprécier le fonctionnement dans le cadre de la procédure de data-room (A). Par la suite, nous déterminerons la nature juridique d'une telle convention ; plus précisément, nous nous poserons la question de son autonomie au regard de la vente définitive (B).

A : La définition de la promesse synallagmatique de vente

543. La définition de la promesse synallagmatique de vente - La promesse synallagmatique de vente peut être définie comme la convention par laquelle les parties conviennent que, malgré un échange de consentements réciproque et symétrique de vendre et d'acheter portant sur la chose et le prix, la vente ne sera valablement formée que par la signature avant un certain délai, d'un acte notarié dont les conditions seront arrêtées par la promesse. Dès lors que les parties s'engagent réciproquement l'une à acheter et l'autre à vendre, la promesse appréhendée ici ne peut être que bilatérale au sens de l'article 1102 du Code civil : « *le contrat est synallagmatique ou bilatéral lorsque les contractants s'engagent réciproquement les uns envers les autres* ». Elle marque la rencontre de deux promesses réciproques de vente et d'achat et traduit l'engagement du vendeur et de l'acquéreur⁵⁷⁰ qui souhaitent se lier définitivement par un avant-contrat, en attendant de réitérer la vente en sa forme authentique. Les parties y scellent leur accord par un écrit provisoire avant d'effectuer les formalités requises et d'en préciser les détails, voire de soumettre la formation de la vente à la réalisation de certaines conditions.

B : L'autonomie de la promesse synallagmatique de vente au regard de la vente définitive

544. L'article 1589 du Code civil s'oppose par principe à l'autonomie de la promesse, son caractère non-impératif devant cependant tempérer cette affirmation — Assimiler les promesses synallagmatiques de vente à des avant-contrats n'est pas sans soulever un certain nombre d'interrogations. Dès lors que les parties ont d'ores et déjà donné leur consentement au contrat définitif emportant la vente, ne pourrions-nous pas douter de l'existence même de cet avant-contrat et l'assimiler à la vente définitive au regard notamment de l'article 1589 du Code civil ? Celui-ci dispose en effet que « *la promesse de vente vaut vente lorsqu'il y'a un consentement réciproque des parties sur la chose et le prix* ». Cette analyse aurait pour conséquence de faire perdre toute l'utilité de ces conventions qui,

⁵⁷⁰ Voir sur la preuve de ces engagements : Cass. 3^{ème} civ., 8 novembre 1995, *Bull. civ.* 1995, III, n°230 ; *Dr. & patr.* 1996, n°36.p. 75, obs. Macorig-Vénier.

dépourvues d'autonomie au regard du contrat final, ne présenteraient pour les parties qu'un intérêt limité.

Néanmoins, si nous nous référons à la définition que donne Mme Schmidt de la promesse synallagmatique, nous y apprenons qu'elle est « *le contrat par lequel les parties donnent leur consentement à un contrat futur dont elle subordonnent la formation à la réalisation d'une formalité qu'elles s'engagent à accomplir* »⁵⁷¹. D'après cet auteur, la qualification de promesse serait abusive au regard des dispositions de l'article 1589 du code précité, puisque la vente aurait déjà eu lieu. Sauf à admettre qu'il existerait bien une promesse, disposant d'un régime propre distinct du contrat de vente définitif.

Ainsi, étudions-nous le principe exprimé à travers l'article 1589, selon lequel la promesse de vente vaut vente (1) en vue de démontrer que son caractère non-impératif ne s'oppose pas à l'émergence d'une promesse synallagmatique dotée d'un régime spécifique permettant de la différencier du contrat final (2).

1 : Le principe de l'article 1589 du Code civil

545. Le principe exprimé par l'article 1589 du Code civil postule pour une assimilation de la vente à la promesse synallagmatique — De prime abord, affirmer l'autonomie de la promesse synallagmatique de vente au regard de la vente définitive semble difficile. Le législateur lui-même paraît la rejeter, dès lors que l'article 1589 du Code civil postule pour leur assimilation. La promesse bilatérale de vente ne serait *in fine* que la vente définitive conclue sous conditions ou termes. Tel serait le cas lorsque la réalisation de la vente était subordonnée à l'obtention d'un prêt ou d'une autorisation administrative. Il conviendrait alors de traiter la vente comme étant définitivement formée, la rencontre des consentements s'étant produite. D'ailleurs, la Cour de cassation est constante en la matière. Elle affirme que « *la vente est parfaite entre les parties dès qu'on a convenu de la chose et du prix (...) le défaut d'accord sur les éléments accessoires de la vente ne peut empêcher le caractère parfait de la vente à moins que les parties aient entendu retarder la formation du contrat jusqu'à la fixation de ces modalités* »⁵⁷². En conséquence, force est de reconnaître que dans de telles conditions, il ne peut exister de promesse synallagmatique autonome au regard de la vente

⁵⁷¹ J. SCHMIDT, « Vente, promesse synallagmatique de vente », *JCP. N*, fascicule 70.

⁵⁷² Cass. 3^{ème} Civ., 30 janvier 2013, pourvoi n°11-21163, *Inédit*.

définitive. Cependant, le caractère non-impératif de l'article 1589, également réaffirmé dans l'arrêt précité, pourrait ouvrir une brèche dans cette analyse ou à tout le moins y apporter un tempérament nous amenant à reconsidérer cette position d'assimilation de la promesse à la vente définitive.

2 : Le tempérament à l'article 1589 du Code civil : la promesse de vente ne vaut pas vente

546. La clause portant sur la réitération de la vente en la forme authentique permet de lui donner une autonomie au regard de la vente définitive — Bien que la promesse soit assortie d'obligations réciproques de vendre et d'acheter portant sur un bien et un prix déterminé, il est possible de ne pas assimiler celle-ci à la vente définitive en dépit des dispositions de l'article 1589 du code précité, dès lors que les parties ont ajouté un élément de formation complémentaire requis « *ad validitatem* ». Il s'agira de l'acte notarié érigé en tant qu'élément de formation du contrat de vente. Dans un tel cas, parties entendent lui conférer un rôle supplémentaire allant au-delà de sa fonction probatoire : elles souhaitent en faire un élément nécessaire à la formation du contrat. Partant, s'opère une dénaturation du contrat de vente qui, traditionnellement présenté comme un contrat consensuel, devient ici un contrat solennel. Cette modification est rendue possible dès lors que les dispositions des articles 1583⁵⁷³ et 1589 du Code civil ne sont pas d'ordre public. Ainsi, l'article 6⁵⁷⁴ du code précité, interprété *in contrario*, autorise-t-il la possibilité de déroger à ces articles. Ce constat permet aux parties d'organiser la vente par le biais de la promesse qui devient de ce faisant un contrat solennel. Les dispositions de l'article 1108⁵⁷⁵ du Code civil seront conventionnellement adaptées à ce nouveau contrat et y adjoindront une cinquième condition de validité tenant en la signature d'un acte authentique, qui ne doit cependant pas être analysé comme étant une

⁵⁷³ L'article 1583 du Code civil dispose : « *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* ».

⁵⁷⁴ L'article 6 du Code civil dispose qu' : « *on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* ».

⁵⁷⁵ L'article 1108 du Code civil dispose que : « *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* ».

condition ou un terme. Au regard des dispositions de l'article 1181⁵⁷⁶ du Code civil, la condition suspensive fait dépendre la naissance de l'obligation de la réalisation d'un événement futur et incertain. Elle connaît un effet rétroactif à compter du jour où l'obligation a été contractée. En aucun cas la signature de l'acte authentique ne peut lui être assimilée, car elle dépendrait essentiellement de la volonté des parties et serait à ce titre empreinte d'un caractère potestatif⁵⁷⁷. Dans le même sens, la stipulation d'un terme n'a pas pour but de suspendre la formation du contrat, mais plutôt de rendre un contrat définitif dès l'échange des consentements. L'objet du terme est alors de faire dépendre l'exécution de la convention d'un événement futur et certain, comme le précise l'article 1185⁵⁷⁸ du Code civil. La vente ne peut être considérée comme inclusive d'un terme, car c'est bien la formation du contrat que les parties ont entendu retarder et non simplement son exécution.

Partant, la promesse synallagmatique de vente connaît une originalité certaine la différenciant du contrat de vente : cela résulte d'une stipulation visant à retarder la vente jusqu'à la signature d'un acte authentique. Néanmoins, au-delà de cette analyse théorique, la qualification du contrat dans lequel les parties ont entendu prévoir une formalité supplémentaire doit reposer sur l'analyse que les parties ont entendu attribuer à celle-ci. Dans la pratique, il se peut qu'elles n'explicitent pas spécifiquement la fonction juridique de la formalité prévue : en ce sens, le rôle dévolu au juge du fond pour apprécier si la formalité portant sur la réitération des consentements par acte authentique est « *ad validitatem* » ou « *ad probationem* » est fondamental.

⁵⁷⁶ L'article 1181 du Code civil dispose : « *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* ».

⁵⁷⁷ Voir en ce sens : Cass. 3^{ème} civ, 7 juin 1983, *Bull. civ.* 1983, III, n° 132, p. 104. Cet arrêt a qualifié de purement potestative une condition suspensive de signature de l'acte authentique et de paiement du prix.

⁵⁷⁸ L'article 1185 du Code civil dispose : « *Le terme diffère de la condition, en ce qu'il ne suspend point l'engagement, dont il retarde seulement l'exécution* ».

3 : Le rôle du juge dans la qualification de clauses portant sur la réitération de la vente en la forme authentique

547. L'appréciation de la volonté des parties par les juges — Pour la Cour de cassation, il est primordial de se référer à la volonté des parties afin de déterminer si celles-ci ont voulu conclure une promesse synallagmatique de vente, c'est-à-dire un précontrat, ou la vente elle-même. En ce sens, elle affirme dès 1936 que « *l'énonciation dans un acte de vente sous seing privé portant accord sur la chose et sur le prix, qu'un acte notarié sera ultérieurement dressé, n'a pour effet de subordonner la formation et l'efficacité du contrat à l'accomplissement de cette formalité que s'il résulte clairement, soit des termes de la convention, soit des circonstances, que telle a été la volonté des parties* »⁵⁷⁹. La position de la jurisprudence est constante en la matière : dans tous les cas où le consentement sur la chose et le prix existe, et que la formalité supplémentaire tenant à la réitération des consentements par acte authentique n'est pas expressément prévue comme une des conditions de formation du contrat ; la promesse synallagmatique de vente vaut vente. La formalité n'est ici qu'accessoire. Il appartient aux juges du fond d'apprécier le rôle que les parties ont entendu donner à l'accomplissement de cette formalité. Ainsi, doivent-elles minutieusement rédiger la promesse en indiquant qu'elles entendent ériger cette formalité en condition de formation du contrat définitif.

548. Le contrôle des motifs opéré par la Cour de cassation — Bien que les juges du fond disposent d'un pouvoir souverain pour apprécier la promesse qui leur est soumise, la Cour de cassation n'hésite pas à opérer un contrôle de la motivation des jugements qui lui sont soumis et de les censurer soit pour défaut de base légale, soit en ayant recours à la notion de « dénaturation ». C'est ainsi que dans un cas d'espèce où une clause réservait le transfert de propriété de la chose à l'acquéreur à compter de la signature de l'acte authentique, l'arrêt de la Cour d'appel a été censuré pour défaut de base légale. Selon les juges du droit, jusqu'au moment du transfert de propriété retardé par ladite clause, il lui incombait de « *préciser si la solennité d'un acte notarié était nécessaire pour engager vendeur et acquéreur dans les liens d'un contrat définitif* »⁵⁸⁰. Dans le même sens, l'arrêt de la Cour de cassation du 14 janvier

⁵⁷⁹ Cass. Req. 4 mai 1936, *D.* 1936, p. 313.

⁵⁸⁰ Cass ; 3^{ème} civ., 5 janvier 1983, *D.* 83, p. 617, *JCP. G* 1984 II, n° 20312, note H. Thuillier.

1987⁵⁸¹ a rejeté le pourvoi qui affirmait que si les parties « *avaient prévues l'entérinement de l'acte par notaire, il ne résultait ni des dispositions de cet acte ni des circonstances de la cause qu'elles aient voulu faire de cette modalité accessoire un élément constitutif de leur consentement* ».

Les parties ont parfois voulu ne retarder que l'un des effets de la vente. Tantôt il s'agit du transfert de propriété qu'elles ont reporté au jour de la signature de l'acte authentique, tantôt elles ont souhaité retarder la conclusion définitive du contrat. Dans ce dernier cas, la jurisprudence est constante en la matière : il leur appartient de l'exprimer clairement. En effet, même si l'article 1589 du Code civil dispose que le transfert de propriété est *solo consensus*, cette règle n'étant pas d'ordre public il est possible pour les parties de retarder la conclusion de la vente. Cependant, ce n'est pas parce que les parties ont prévu de retarder les effets du contrat de vente à l'accomplissement de la signature de l'acte authentique que la vente est elle aussi retardée. Dans un arrêt en date du 30 novembre 1988⁵⁸², la Cour de cassation a ainsi censuré la Cour d'appel qui a écarté la demande du bénéficiaire d'une promesse de vente en réalisation forcée au motif « *qu'il a été expressément prévu que la levée de l'option ne comportait pas de transfert de propriété à défaut de paiement* ». Pour la Cour suprême, la Cour d'appel a violé l'article 1589 du Code civil car « *la subordination du transfert de propriété à l'exécution d'une obligation consécutive à la vente ne peut affecter l'existence de celle-ci* ».

549. La promesse synallagmatique de vente et la procédure de data-room —

Lors de la procédure de data-room, les parties insèrent une clause portant sur la réitération des consentements par acte authentique. Elles n'entendent pas inscrire cette formalité dans une logique probatoire, mais souhaitent au contraire l'ériger en condition supplémentaire de formation de la vente. Pour éviter de voir la vente définitive formée dès qu'un accord existe sur la chose et le prix, (c'est-à-dire lors de la signature de la promesse de vente) il leur appartient de porter un soin tout particulier à la rédaction de cette clause. Soumise à l'appréciation souveraine des juges du fond sous le contrôle de la Cour de cassation, celle-ci doit refléter clairement l'intention commune des parties de retarder la formation de la vente à la signature de l'acte notarié.

⁵⁸¹ Cass. 3^{ème} civ., 14 janvier 1987, *D.* 1988, p. 80, note J. Schmidt.

⁵⁸² Cass. 3^{ème} civ., 30 novembre 1988, *Bull. civ.* 1988, III, n° 173, p. 94.

II : L'intérêt de la promesse synallagmatique de vente

550. L'intérêt pour les parties de recourir à la promesse synallagmatique de vente lors de la procédure de data-room — L'intérêt pour les parties de recourir à la promesse synallagmatique de vente lors de la procédure de data-room sera analysé autour de trois axes de réflexion. Le premier aura trait aux incidences de la réitération de la vente en la forme authentique (**A**) ; le deuxième à la fixation d'un terme aux engagements des parties (**B**), et enfin le dernier portera sur la possibilité de faire coïncider la formation du contrat de vente avec son exécution (**C**).

A : L'intérêt pratique de la réitération de la vente en la forme authentique

551. La réitération de la vente en la forme authentique en tant que levier de maîtrise du risque pour le promettant-acquéreur — Pour le candidat-acquéreur, la réitération de la vente en la forme authentique est un levier de maîtrise du risque lui permettant d'augmenter artificiellement le temps dévolu à l'audit de l'immeuble (tout comme peut l'être, dans le cadre de la promesse unilatérale de vente, le temps dévolu à la levée de l'option) (**1**). Il lui permet également de quitter, le cas échéant, le carcan de la promesse en cas de découverte d'éléments nouveaux de nature à venir compromettre son modèle économique d'acquisition (**2**).

1 : La réitération de la vente permet le rallongement artificiel de la période d'audit

552. Le rallongement artificiel de la période d'audit — La réitération de la vente en sa forme authentique est érigée par les parties en condition de formation de la vente définitive. Elle permet au promettant-acquéreur de se prémunir contre toute incertitude ou surprise portant sur la découverte d'éléments inhérents à la situation de l'immeuble ou du vendeur. En effet, entre le moment de la signature de la promesse (et donc de l'échange des consentements) et celle de l'acte authentique, il se peut que les conseils du promettant-acquéreur mettent à jour des éléments afférents à la situation de l'immeuble qui n'ont pas été relevés lors de la consultation de la data-room. Ainsi, la signature de l'acte authentique fait-elle gagner un temps précieux à l'acquéreur, lui permettant de finaliser son audit et d'obtenir

une information précise sur la situation de l'immeuble. Il pourra alors rallonger artificiellement la période d'audit et s'assurer que la situation de l'immeuble envisagée dans son modèle d'acquisition correspond bien à sa situation réelle. À l'expiration du terme contenu dans la promesse, il aura la possibilité de signer l'acte notarié ou de déroger à l'engagement pris à l'occasion de la promesse en invoquant une exception d'inexécution.

2 : L'exception d'inexécution

553. L'exception d'inexécution permet au promettant-acquéreur de quitter la promesse — L'avantage de dénaturer la vente en contrat solennel est d'éviter qu'elle ne se forme dès l'échange des consentements, quand bien même la découverte d'une situation juridique, technique, fiscale, environnementale ou financière différente de celle anticipée au jour de la promesse de la data-room viendrait à apparaître.

En cas de survenance d'une situation nouvelle, différente de celle annoncée par le vendeur au jour de la signature de l'avant-contrat, il est possible pour le promettant-acquéreur d'invoquer la novation au contrat pour tenter de se délier de ses engagements. Il lui faudra établir que s'il avait eu connaissance de la situation réelle de l'immeuble à la date de signature de la promesse, il ne se serait pas engagé. Cette possibilité de sortir de la promesse présente un avantage indéniable que rappelle la deuxième commission du 99^{ème} congrès des notaires⁵⁸³ : *« D'un point de vue juridique, il est plus simple de ne pas contracter plutôt que de dénouer un contrat qui a déjà été formé, surtout lorsque le refus de contracter est basé sur une juste cause : une exception d'inexécution ».*

Ainsi, l'adage *« Exceptio non adimpleti contractus »*⁵⁸⁴ est-il une règle de droit qui permet la non-exécution de la prestation qu'une des parties à la convention avait promise, dès lors que son partenaire n'a pas exécuté la sienne. Au regard des dispositions de l'article 1131 du Code civil, le promettant-acquéreur pourra se soustraire à son engagement à chaque fois qu'il pourra démontrer que le vendeur n'a pas exécuté ses obligations. À titre d'exemple, la

⁵⁸³ 99^{ème} congrès des notaires, la vente d'immeuble sécurité et transparence, deuxième commission, de la vente de l'immeuble à son acquisition, le choix de l'avant-contrat, Prés. Pierre-Jean MEYSSAN, rapp. Dominique RADOT, Deauville, 25-28 mai 2003.

⁵⁸⁴ Cet adage est synonyme d'exception de non-exécution, il s'agit du refus d'exécuter son obligation personnelle, opposé par une partie à son cocontractant qui n'a pas exécuté la sienne au préalable.

découverte postérieure à la signature de la promesse de l'existence d'une servitude non-déclarée est de nature à démontrer que le vendeur a manqué à ses obligations, dès lors que l'acquéreur sera contraint de supporter la charge de cette servitude. L'exception est ici fondée sur la cause de l'engagement de l'acquéreur : celui-ci s'est engagé à acquérir l'immeuble, sans avoir pour autant à supporter une contrainte non déclarée lors de la signature de l'acte. Cette exception ne pourra être appréciée par un tribunal qu'à l'occasion d'un litige, cependant la vente ne sera pas parfaite et l'acquéreur ne sera pas tenu d'agir en résolution. Il appartiendra aux juges du fond d'apprécier le risque ou la contrainte que l'acquéreur prétend subir et d'apprécier ce faisant la réalité de l'exception permettant à l'acquéreur de se dégager.

B : La fixation d'un terme

554. La signature de l'acte de vente en tant que terme définitif — Lors de la signature d'une promesse synallagmatique de vente, une des difficultés majeures pour les parties est de fixer un terme à leurs engagements. En effet, la vente est parfaite dès l'échange des consentements sur la chose et le prix. Partant, il se peut que l'acquéreur ne souhaite plus l'être et ce faisant ne se présente pas lors de la signature de l'acte notarié. Il résulterait alors de cette absence une situation juridique quelque peu confuse : la vente serait devenue parfaite, l'acquéreur serait d'ores et déjà devenu propriétaire sans que le prix ait été versé et le vendeur se retrouverait inexorablement dépouillé de son bien ... Pour éviter de se retrouver dans une telle configuration, le recours à la signature de l'acte authentique permet aux parties de fixer un terme définitif à leurs conventions. En ce sens, si l'acte authentique n'est pas signé à la date convenue, les conventions deviennent caduques et les parties se retrouvent libérées de tout engagement l'une envers l'autre. La propriété de l'immeuble n'aura pas été transférée à l'acquéreur et le vendeur qui en est toujours resté propriétaire pourra décider de le céder à un tiers.

C : La coïncidence entre la formation du contrat de vente et son exécution

555. La signature de l'acte authentique en tant que condition de formation de la vente permet de réaliser en une unité de temps la perfection de la vente et le transfert de la propriété — Les parties à la promesse synallagmatique de vente veulent éviter que leur

situation contractuelle ne soit source d'incertitude. Elles voudront donc s'assurer de ne pas dissocier le transfert de propriété de la formation de la vente et du transfert du prix. La difficulté procédant de la dissociation de la formation de la vente et du transfert de propriété provient des dispositions de l'article 1583 du Code civil, prévoyant que la propriété est acquise de droit à l'acheteur dès lors que les parties ont convenues ensemble de la chose et du prix. Cependant, cet article n'est pas d'ordre public ; les parties ont alors la possibilité d'y déroger par stipulations contractuelles. Elles peuvent retarder le transfert de propriété pour ne pas le faire coïncider avec la vente. L'avantage de ce schéma contractuel fait de la signature de l'acte authentique une des conditions de formation de la vente. Il permet également de réaliser la perfection de la vente et le transfert de la propriété en une unité de temps.

Après avoir démontré que la promesse synallagmatique de vente était différente de la vente et après en avoir illustré les avantages, il nous faut à présent en analyser le régime.

§2 : Le régime juridique de la promesse synallagmatique de vente

556. Les conditions de formation de la promesse et les obligations qui en résultent pour les parties - Après avoir déterminé le caractère autonome de la promesse synallagmatique de vente au regard de la vente, il nous faut en analyser le régime. Pour ce faire, nous verrons dans un premier temps les conditions de formation de la promesse (I), avant d'apprécier par la suite les obligations qu'elle met à la charge des parties ; et donc le risque juridique auquel celles-ci s'exposent à l'occasion de la signature d'un tel avant-contrat dans le cadre de la procédure de data-room (II).

I : La formation de la promesse synallagmatique de vente

557. La formation de la promesse synallagmatique de vente — Les conditions de formation de la promesse devront être appréciées au regard de la finalité de cette convention (traduisant la volonté d'engagement réciproque des parties). En effet, il existe un risque juridique de voir celle-ci privée d'effet en cas de nullité dès lors que l'une de ses conditions de formation requise à peine de nullité viendrait à faire défaut. La nullité de la convention

délierait les parties de leurs obligations. Un tel événement présenterait le risque que le vendeur propose l'acquisition de l'immeuble à un tiers, ou encore que l'acquéreur ne se porte plus candidat à l'acquisition. Dans un souci d'appréhension d'une telle éventualité, il incombe donc d'apprécier d'une part les conditions de fond (A) et d'autre part les conditions de forme (B) permettant à la promesse de produire ses effets.

A : Les conditions de fond

558. La promesse doit satisfaire aux exigences de l'article 1108 du Code civil — La promesse est un contrat autonome par le biais duquel les parties donnent leur consentement au contrat définitif dont elles retardent la formation jusqu'à l'accomplissement d'une formalité : la réitération de la vente en sa forme authentique. Ainsi, comme dans tout contrat, la promesse doit-elle satisfaire à l'ensemble des conditions prévues par l'article 1108 du Code civil à savoir le consentement et la capacité des parties ainsi que l'objet et la cause de la convention (1). En dernier lieu, nous dirons quelques mots de la problématique afférente à la lésion (2).

1 : Les conditions de fond prescrites par l'article 1108 du Code civil

559. Le consentement et la capacité des parties appréciés au jour de la signature de la promesse — Dans le cadre de la promesse synallagmatique de vente, l'existence du consentement des parties doit être appréciée au jour de la signature de la promesse. À ce stade, celles-ci devront être également en mesure de justifier de leur capacité à conclure le contrat définitif. Cette exigence trouve son fondement dans la règle édictée par l'article 1589 du Code civil, selon lequel « *la promesse de vente vaut vente* », du moins lorsque les parties n'ont pas souhaité qu'une condition supplémentaire (comme la réitération des consentements par acte authentique) soit nécessaire à la formation du contrat.

560. L'objet et la cause du contrat — Toute convention se doit de respecter les exigences de l'article 1108 du Code civil. C'est pour cette raison que l'objet du contrat de vente définitif doit être possible, licite, déterminé ou déterminable dès le moment de la signature de la promesse. Le prix et la chose doivent donc être déterminés ou déterminables

dans les mêmes conditions que celle appréciées dans le cadre de la promesse unilatérale de vente. Les motifs de nullité affectant l'objet ou la cause du contrat définitif entraînent la nullité de la promesse synallagmatique.

2 : Quid de la lésion

561. La lésion en tant que défaut d'équilibre entre les prestations des parties et ses conséquences — La lésion peut être définie comme le préjudice qu'éprouve l'une des parties du fait d'un défaut d'équivalence entre les prestations des parties au moment de la conclusion du contrat. Les dispositions de l'article 1675⁵⁸⁵ du Code civil prévoient que lorsqu'un contrat porte sur la vente d'un immeuble, il convient d'estimer sa valeur au moment de la vente définitive afin d'apprécier l'existence ou non d'une lésion de plus de sept douzièmes de celle-ci. Dès lors que la lésion est un défaut d'équilibre entre les prestations et non un vice du consentement, elle s'apprécie non pas au jour de la signature de la promesse synallagmatique de vente, (c'est-à-dire au moment de l'échange des consentements) mais à celui de la formation définitive du contrat (c'est-à-dire lors de celle de l'acte authentique).

B : Les conditions de forme

562. L'absence de condition de forme — La promesse synallagmatique de vente est un contrat consensuel. À ce titre, aucune formalité particulière n'est requise pour sa validité, par opposition à la promesse unilatérale de vente qui est pour sa part soumise à peine de nullité à une formalité d'enregistrement. Il existe cependant quelques exceptions. Ainsi, la loi SRU⁵⁸⁶ exige-t-elle un écrit chaque fois qu'une promesse synallagmatique sera consentie par une société coopérative de construction à l'un de ses associés ; c'est également le cas lorsque l'acquéreur d'un bien immeuble sera est un non professionnel. En pratique, la promesse synallagmatique échangée entre deux professionnels de l'immobilier dans le cadre de la procédure de data-room n'est théoriquement soumise à aucune condition de forme

⁵⁸⁵ L'article 1675 du Code civil dispose : « *Pour savoir s'il y a lésion de plus de sept douzièmes, il faut estimer l'immeuble suivant son état et sa valeur au moment de la vente. En cas de promesse de vente unilatérale, la lésion s'apprécie au jour de la réalisation* ».

⁵⁸⁶ Loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbains

particulière. En principe, la vente est donc parfaite, sous réserve du respect de certaines exigences légales susceptibles d'être prescrites à peine de nullité. Nous pouvons citer comme exemple la purge de droits de préemption. Dans de telles hypothèses, l'avant-contrat ne transfère pas la propriété mais crée à la charge de chacune des parties l'obligation d'observer les formes et les conditions requises, puis de signer l'acte authentique. Dès lors qu'elle comporte un ensemble d'obligations contractuelles réciproques, la promesse n'est pas soumise à la formalité de l'enregistrement en principe obligatoire⁵⁸⁷ et peut être établie sous seing privé. Elle n'est soumise à aucune forme particulière, si ce n'est l'exigence de la signature des parties qui s'obligent⁵⁸⁸. Par conséquent, aucune mention particulière ne s'impose⁵⁸⁹ aux parties.

II : L'exécution de la promesse synallagmatique de vente

563. Les obligations des parties et les sanctions afférentes à leurs inexécutions

— Après avoir identifié les conditions de formation de la promesse et le risque tenant à la nullité de celle-ci ainsi que ses remèdes, il conviendra d'apprécier les obligations des parties et le risque de leur inexécution. Pour ce faire, il nous faudra déterminer quelles sont les obligations des parties (A) ainsi que les sanctions qui y sont assorties (B). En dernier lieu, il conviendra de traiter de l'hypothèse de l'extinction des effets de la promesse (C).

A : Les obligations des parties

564. La prévision de la réitération de la vente par acte notarié et son incidence sur les obligations des parties — La Cour de cassation a défini les obligations des parties en envisageant plusieurs hypothèses selon que la formation de la vente est ou non conditionnée par sa réitération dans un acte authentique (1). Une telle situation correspond à la pratique en

⁵⁸⁷ Voir en ce sens : Cass. 3^{ème} civ., 5 juillet 1995, *Bull. civ.* 1995, II, n°175; *JCP. G* 1996, II, n°22659. obs. Dagorne Labbé ; *RJDA* 1996, n°112, p. 56.

⁵⁸⁸ Voir en ce sens : Cass. 1^{ère} civ., 27 janvier 1993, *JCP. G* 1994, n°22.195. note Petel-Teyssié ; *JCP.N* 1993, p.256, note Leveneur ; *Defrénois* 1993, art.35572, p.730, obs. Aubert ; *RTD civ.*1993, p.593. obs. Mestre.

⁵⁸⁹ Voir en ce sens : CA Paris.2^och.B.15avr.1999. « Friba c/Sté Promologis », *RD imm.*1999, p.419, obs. Groslière et Saint-Alary-Houin.

matière de promesse échangée dans le cadre de la procédure de data-room. Bien que cette solution soit critiquée par la doctrine, la haute juridiction assimile cette réitération comme étant constitutive de l'obligation des parties qu'elle qualifie d'obligation de faire⁽²⁾.

1 : La qualification de l'obligation des parties par la jurisprudence

565. L'assimilation de la réitération de la vente par acte notarié à une obligation de faire — Les tribunaux ont tenté de qualifier les obligations des parties résultant de la promesse de vente. Dans un arrêt en date du 2 avril 1979⁵⁹⁰, la Cour de cassation n'a implicitement reconnu que deux situations juridiques. La première tient à la promesse synallagmatique de vente, qui n'engendrerait pour les parties qu'une simple obligation de faire en l'absence de stipulation tenant à l'accomplissement de formalités supplémentaires érigée en condition de formation de la vente. La seconde renvoie à la situation dans laquelle la rencontre des volontés ainsi que le transfert de propriété seraient reportés à la réitération de l'acte en sa forme authentique. Dans ce cas de figure, aucune obligation n'est alors mise à la charge des parties qui ne se sont engagées à rien. Cependant, un revirement de jurisprudence initié par un arrêt de la troisième chambre civile du 5 janvier 1983⁵⁹¹ va venir modifier cette perception. En l'espèce, la Cour a estimé que le report du transfert de propriété jusqu'à la signature de l'acte authentique ne retirait rien à la perfection de la vente. Il ne saurait constituer un obstacle à l'obligation qu'ont les juges du fond de prendre une décision permettant à la partie qui en a fait la demande d'obtenir la publication de la vente, dès lors qu'ils constatent le refus d'une des parties de réitérer son consentement sous cette forme sans motif légitime. Par la suite, la Cour de cassation a confirmé sa jurisprudence dans un arrêt en date du 20 décembre 1994⁵⁹². Dans les faits, une promesse de vente stipulait que le transfert de propriété de l'immeuble à l'acheteur ne serait réalisé que par la réitération de celle-ci par acte authentique. Le vendeur ayant refusé de partir signer l'acte notarié, l'acquéreur l'a alors assigné en réalisation forcée de la vente. L'arrêt de la Cour d'appel avait débouté l'acquéreur en qualifiant l'obligation du vendeur d'obligation de faire. En considération de l'article 1142 du Code civil, celle-ci ne

⁵⁹⁰ Cass. 3^{ème} civ., 2 avril 1979, *JCP. N* 1979, II, p. 97.

⁵⁹¹ Cass. 3^{ème} civ., 5 janvier 1983, *D.* 1984, p. 413.

⁵⁹² Cass. 3^{ème} civ., 20 décembre 1994, *JCP. G* 1994, II, n° 22491, note C. Larroumet. ; *JCP. N* 1996, n° 501, note D. Mainguy.

pouvait alors se résoudre qu'en dommages et intérêts. La Cour de cassation a par la suite invalidé le raisonnement de la Cour d'appel, au motif qu'il n'était pas démontré que « *les parties avaient fait de la réitération par acte notarié un élément constitutif de leur consentement* ». Partant, la Cour de cassation a défini l'obligation attachée à la promesse dont la formation, conditionnée à la réitération de l'acte authentique : érigée en tant que formalité supplémentaire, elle constitue une obligation de faire. Cette position jurisprudentielle n'est cependant pas exempte de critiques du côté la doctrine.

2 : L'analyse doctrinale de la position de la Cour de cassation

566. La critique doctrinale de l'assimilation de la réitération par acte authentique en une obligation de faire — Pour M. Larroumet⁵⁹³, il existe trois configurations de promesse synallagmatique bien distinctes les unes des autres. Dans la première hypothèse, la promesse de vente équivaut à la vente. Il ne saurait alors y avoir d'action en réalisation forcée de la vente, puisque celle-ci a déjà été conclue. Les parties n'entendent conférer à l'acte authentique qu'un rôle probatoire. Il ne pourrait pas non plus y avoir d'obligation de donner. En effet, la vente a été parfaite depuis l'échange des consentements. Par conséquent, la propriété a déjà été transférée du patrimoine du vendeur vers celui de l'acquéreur.

Dans la seconde hypothèse, les parties ont souhaité retarder les effets de la vente en prévoyant la réitération des consentements par acte notarié. Dans un tel cas, si l'une des parties refuse la signature de l'acte authentique, les juges du fond peuvent l'y contraindre. C'est ici que l'analyse de la Cour de cassation prend tout son sens : le vendeur n'avait pas à réitérer son consentement à un contrat déjà conclu, il n'existe donc aucune obligation de faire. La seule obligation mise à la charge des parties porte sur la signature de l'acte de vente.

Enfin, la dernière hypothèse est celle dans laquelle la promesse de vente n'est pas équivalente à la vente. La question est alors de savoir si dans une telle configuration il existe à la charge des parties une obligation de faire, portant sur la réitération de leur consentement par acte notarié. Par son arrêt de 1994, la Cour de cassation semble implicitement le reconnaître. En effet, si les parties avaient retardé l'existence de la vente jusqu'à la signature de l'acte

⁵⁹³ *Ibidem.*

authentique, l'inexécution par l'une d'entre elles de cette obligation de faire ne pourrait être sanctionnée que par le versement de dommages et intérêts. Dans ce cas d'espèce, il est impossible d'obtenir un jugement valant acte authentique de vente puisque cette dernière n'a pas encore eu lieu. La solution de la Cour est critiquable : en effet, elle fait dépendre le consentement à la vente de la réitération. Il pourrait ainsi être repris tant qu'il n'a pas été réitéré par l'autre partie qui devra alors se contenter de dommages et intérêts. La promesse de vente a pour objet la conclusion de la vente définitive. Chacune des parties étant engagée l'une envers l'autre, il est manifeste que celles-ci ont donné leur consentement à la vente au moment de la signature de la promesse. Si la vente est privée d'effet, ce n'est que parce que l'une des conditions de sa formation fait défaut. Partant, la sanction de l'inexécution de l'obligation portant sur la réitération des consentements en la forme authentique devrait être la même pour la deuxième et la troisième hypothèse, à savoir l'exécution forcée.

Pour M. Gross, l'existence d'une promesse de vente, distincte de la vente elle-même, nous amène à envisager deux situations : soit la promesse n'est qu'un projet dans lequel chacune des parties conserve la faculté de signer ou non l'acte notarié et donc de conclure la vente. Soit il existe une obligation de faire, à savoir l'obligation pour les parties d'accomplir la formalité nécessaire à la formation de la vente. Il serait impossible de dépasser l'absence de volonté de l'une des parties pour réaliser la vente définitive dans un cas où la signature de la promesse vaut consentement à la vente. Seul l'octroi de dommages et intérêts pourrait constituer la sanction d'un tel refus.

B : La sanction de l'inexécution des obligations des parties

567. L'inexécution des obligations nées de la promesse — L'inexécution de la promesse peut résulter de la non réalisation de la formalité prévue par les parties, à savoir la réitération des consentements par acte authentique (1). Elle peut également provenir de la conclusion du contrat définitif par le vendeur avec un tiers (2).

1 : La sanction de la non réitération des consentements en la forme authentique

568. La sanction de la non réitération de vente est soumise au pouvoir souverain des juges du fond — Dans le cadre de la procédure de data-room, les parties auront prévu par stipulation contractuelle que la formation de la vente sera toujours retardée à la signature de

l'acte authentique. Pour la jurisprudence, une telle stipulation s'analyse classiquement comme une condition. Cependant, les tribunaux en limiteront l'effet rétroactif en se référant à la volonté des parties. Ils analyseront donc si, en dépit de cette clause portant sur la réitération de leur consentement, les parties souhaitaient tout de même s'obliger mutuellement à conclure la vente. Dans le cas où la présente hypothèse serait retenue, il existerait nécessairement un accord définitif portant sur la chose et sur le prix. En cas d'accomplissement de toutes les conditions suspensives, les juges devront constater la vente et accéder à la demande de la réalisation forcée de l'une des parties⁵⁹⁴. En effet, il convient de se reporter à l'article 1178 du Code civil disposant que « *la condition est réputée accomplie lorsque c'est le débiteur, obligé sous cette condition, qui en a empêché l'accomplissement* ». Partant, le créancier de l'obligation pourra considérer, que la vente est valablement formée et à en demander l'exécution forcée en cas de refus de son partenaire d'accomplir cette condition de forme. Le jugement pourra alors remplacer l'acte authentique et servira de titre pour la publication à la conservation des hypothèques. En revanche, si le refus portant sur la signature de l'acte notarié est dû à un désaccord concernant certains éléments du contrat définitif, il appartiendra aux juges du fond d'apprécier souverainement si le désaccord relève d'éléments essentiels à la formation de la vente. Si tel devait être le cas, le contrat définitif ne pourrait être formé tant que le désaccord subsisterait.

2 : L'hypothèse de la conclusion de la vente avec un tiers

569. L'exécution forcée de la promesse et la nullité de la vente conclue avec un tiers — La conclusion de la vente de l'immeuble avec un tiers postérieurement à la signature de la promesse synallagmatique emporte les mêmes conséquences que dans le cadre de la sanction de la non réitération de l'acte authentique. Cependant, il est à noter que lorsque la promesse porte sur un droit réel immobilier, elle est soumise à une publicité obligatoire faisant naître une présomption irréfragable de mauvaise foi à l'encontre du tiers acquéreur. En revanche, lorsque la promesse a été publiée simplement à titre informatif par acte sous seing

⁵⁹⁴ Voir en ce sens : R-N SCHUTZ, « L'exécution des promesses de vente », *Defrenois* 1999, n° 37021, p. 833; Cass.3^{ème} civ., 21 février 1996, *Bull. civ.* 1996, III, n°56 ; *Gaz. Pal.* 1996, p.272 ; Cass. 3^{ème} civ. 30 mai 1996, *Bull. civ.* 1996, III, n°133 ; *RJDA* 1996, n° 8-9, p. 1030.

privé, le tiers acquéreur pourra toujours tenter de démontrer sa bonne foi procédant de son ignorance quant à l'existence de la promesse et ce malgré la publication.

C : L'extinction de la promesse

570. Les causes d'extinction de la promesse — L'extinction de la promesse va avoir pour effet de délier les parties de leurs engagements. Il nous faudra analyser plus spécifiquement l'hypothèse dans laquelle elles auront stipulé un délai pour exécuter leurs obligations réciproques, ainsi que ses conséquences en matière de caducité de la promesse (1), avant d'étudier les causes générales de son extinction (2).

1 : Le principe de la non-caducité de la promesse à l'expiration du délai

571. Les conséquences de la stipulation d'un délai pour l'accomplissement de la réitération de la vente en la forme authentique — La promesse synallagmatique de vente est de nature consensuelle. Par conséquent et sauf clause contraire, les obligations des parties entrent en vigueur par le seul effet de leur consentement. Ainsi, une fois celui-ci exprimé, les parties doivent-elles collaborer l'une avec l'autre à l'accomplissement des formalités requises pour la formation du contrat définitif. Partant, l'obligation de conclure le contrat définitif (plus précisément de réitérer leur consentement par la signature de l'acte notarié une fois les conditions suspensives levées) peut être assortie d'un terme. Se pose alors la question de la situation des parties à son expiration dans le cas où les formalités érigées en conditions de formation n'ont été remplies. La cour de cassation a décidé de rejeter la caducité de la promesse dans un arrêt du 12 décembre 1978⁵⁹⁵. En l'espèce, une promesse synallagmatique de vente avait été conclue par acte sous seing privé. Elle prévoyait la signature de l'acte notarié dans un délai de deux mois, sans envisager de sanction en cas non-réitération. Treize ans plus tard, les héritiers du bénéficiaire de la promesse avaient adressé une sommation de signer l'acte au promettant. Celui-ci refusa, arguant du non-respect du délai de deux mois contenu dans le corps de la promesse. A son sens, cette irrégularité avait eu pour effet de la rendre caduque, mettant ainsi fin aux obligations qu'elle avait créées. La Cour ne suivit par ce raisonnement et cassa l'arrêt de la Cour d'appel en se fondant sur l'effet obligatoire des

⁵⁹⁵ Cass. 3^{ème} civ., 12 décembre 1978, D. 1979, p. 188.

contrats au visa de l'article 1134 du Code civil. Un accord sur la chose et le prix étant intervenu, les parties se devaient d'exécuter la vente. Dans un arrêt en date 4 juillet 1991⁵⁹⁶, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence affirma pour sa part que « *dès lors qu'aux termes d'une promesse synallagmatique de vente, la réalisation de la vente par acte authentique, prévue comme condition de validité de la vente elle-même, devait intervenir avant une date limite et qu'à l'expiration de ce terme suspensif prévu dans l'intérêt commun n'était assorti d'aucune sanction après cette date, aucune caducité automatique ne bénéficiait de plein droit à l'une ou l'autre des parties, lesquelles ne pouvaient se considérer comme déliées qu'après une manifestation expresse de volonté contrariant la prorogation des délais éventuellement consentis* ».

En conclusion, lorsque l'obligation a été assortie d'un délai d'exécution, l'expiration de celui-ci n'est pas de nature à induire que les parties, débitrices d'une obligation de réitération en la forme authentique, en soient dispensées. L'arrivée du terme n'a pas pour effet de rendre l'obligation du débiteur caduque, mais de permettre à son créancier d'engager la responsabilité contractuelle de son partenaire. La prévision d'un délai n'est en soi pas suffisante : pour qu'il puisse y avoir une caducité de la promesse à l'issue du terme prévu, il est nécessaire que les parties l'aient expressément stipulé. Il appartient donc aux parties de mentionner une sanction adéquate dans le corps de la promesse, propre à être mise en œuvre à son expiration. Dans l'hypothèse où la promesse ne comporterait aucun délai, le créancier pourra agir en exécution forcée pendant une durée de trente ans. Le point de départ de la prescription dépendra alors de la date à laquelle la créance était devenue exigible.

2 : L'extinction de la promesse synallagmatique de vente

572. L'extinction de la promesse à compter de la réitération de la vente par acte authentique - La promesse s'éteint une fois la formalité de réitération des consentements en la forme authentique accomplie. À cet instant, le contrat de vente existe de plein droit et doit être exécuté. Enfin, l'extinction de la promesse peut se produire dès lors que survient une des causes générales d'extinction des obligations.

⁵⁹⁶ CA Aix, 4 juillet 1991, *JCP. G* 1993,II, n° 22032.

Section 2 : La maîtrise du risque par la stipulation des conditions suspensives

573. La rédaction des conditions suspensives – Nous avons pu étudier précédemment le contenu de la promesse unilatérale de vente et percevoir comment celui-ci pouvait être un levier de maîtrise du risque juridique pour les parties, en ce que la nature contractuelle de cette convention leur permettait d'en aménager le régime. La majorité des remarques que nous avons pu faire lors de l'analyse des clauses de la promesse unilatérale de vente (et notamment la détermination du régime de la période intermédiaire) étant transposable à la promesse synallagmatique de vente, celles-ci ne seront pas reprises ici. Le présent développement aura pour objet de se centrer sur les conditions suspensives négociées librement entre les parties. Ces clauses présentent un intérêt majeur lorsque l'on considère leur rédaction dans le cadre de la procédure de data-room, à savoir constituer autant d'échappatoires laissant la faculté aux parties de ne pas s'engager dans une vente immobilière dont elles ne maîtrisent pas encore complètement le risque opérationnel.

Néanmoins, force est de constater que la pratique a standardisé plusieurs de ces conditions qu'il nous appartiendra d'analyser. La première d'entre elles tient au financement de l'immeuble par l'acquéreur, souvent réalisée à l'aide d'un prêt. Pour des raisons économiques tenant notamment à « l'effet de levier » ou à la volonté de ne pas immobiliser une trop forte proportion de ses fonds propres dans une seule opération d'acquisition, celui-ci aura quasi-systématiquement recours à un financement par la dette (§1). En second lieu, la promesse sera le siège de la stipulation d'un ensemble de conditions afférentes au traitement des différents risques opérationnels que nous avons pu préalablement identifier à savoir la validité des autorisations de construire et d'exploiter ainsi que le risque de pollution du terrain d'emprise de l'immeuble (§2).

§1 : La condition suspensive tenant à l'obtention d'un prêt

574. Le financement de l'acquisition de l'immeuble — Afin de pouvoir acquérir l'immeuble, le promettant-acquéreur, professionnel de l'immobilier, aura recours dans la grande majorité des cas à un prêt. Plusieurs explications de nature économique peuvent

contribuer à expliciter cette situation. En premier lieu, au regard du montant total de l'investissement que représente pour lui cette acquisition, il sera enclin à éviter d'immobiliser une trop forte proportion de ses fonds propres dans l'opération et préférera recourir au crédit. Il pourra alors investir ses fonds propres dans son cœur de métier ou garder une trésorerie suffisante pour acquérir un autre immeuble selon le même mécanisme.

Il affectera alors une proportion plus ou moins importante du revenu de l'immeuble au remboursement de la dette qu'il aura ainsi créée. De plus, en fonction du coût du crédit qu'il sollicite, il pourra éventuellement réaliser une opération bénéficiant d'un effet de levier financier. L'effet de levier est la différence entre la rentabilité économique d'un bien⁵⁹⁷ et sa rentabilité financière⁵⁹⁸. On considère que l'effet de levier est positif si le taux de rentabilité économique est supérieur au taux d'intérêt de l'emprunt. Au contraire, il est négatif si le taux de rentabilité économique est inférieur au taux d'intérêt de l'emprunt. Lorsque l'effet de levier est positif, le recours au crédit est intéressant ; dans le cas contraire (si l'effet de levier est négatif), le recours au crédit est moins intéressant voir inutile et risqué. Plus la part de capitaux propres sera faible par rapport à l'emprunt, plus l'effet de levier jouera positivement (ou négativement) sur la rentabilité financière. Il s'agit donc d'un outil financier puissant qu'il faut cependant utiliser avec prudence. En effet, si l'effet de levier maximise les gains, il maximise également les pertes, d'autant plus que l'emprunt sera important par rapport aux capitaux propres. Même si le raisonnement est le même pour les investissements d'entreprise, nous nous concentrerons sur l'effet de levier concernant l'acquisition immobilière.

En tout état de cause, dès lors que le recours au crédit pour financer l'acquisition de l'immeuble est la solution de principe, il nous faudra appréhender les conditions de réalisation d'une telle condition qui aura pour objet de protéger le vendeur en matière de maîtrise du risque **(I)**. Par la suite, il nous faudra apprécier comment les parties peuvent en aménager les modalités de fonctionnement par le biais de la technique contractuelle, et se prémunir ainsi du risque portant sur son éventuelle défaillance **(II)**.

⁵⁹⁷ Bénéfices nets/capitaux propres + emprunts.

⁵⁹⁸ Bénéfices nets avant ou après impôts - intérêts/capitaux propres.

I : La réalisation de la condition suspensive

575. Les différentes modalités permettant de réputer la condition acquise — En règle générale, la condition suspensive sera réputée réalisée à l'obtention du prêt que le promettant-emprunteur sollicite (**A**). Cependant, il arrive que cette condition soit réputée réalisée même en cas de non-obtention du crédit requis (**B**). Il nous faudra donc envisager successivement ces deux hypothèses.

A : La réalisation de la condition suspensive par l'obtention du prêt

576. Les conditions nécessaires à la justification de l'obtention du prêt — La condition afférente à l'acquisition de l'immeuble par le biais d'un crédit est réputée réalisée lorsque le candidat-acquéreur est en mesure de justifier qu'il obtenu le prêt qu'il a sollicité. Cependant, la notion d'obtention n'ayant fait l'objet d'aucune définition législative, celle-ci a été sujette à caution. Il est donc revenu à la jurisprudence de définir cette notion (**1**) et d'en déterminer les modalités (**2**).

1 : La définition de la notion d'« obtention de prêt »

577. La condition d'obtention du prêt est réputée réalisée à l'émission d'une offre de prêt par l'organisme de crédit sollicité — L'obtention du prêt sollicité est un des éléments essentiels de la réalisation de la condition. Cependant, force est de constater que le législateur ne donne aucune définition de cette notion d'obtention, si bien que cette dernière peut être interprétée de différentes façons. En effet, cette condition se réalise-t-elle par la seule acceptation donnée par l'acquéreur à l'offre de prêt qu'il a sollicité⁵⁹⁹, ou doit-elle *a contrario* être considérée comme acquise dès lors que l'établissement de crédit sollicité a émis une offre de prêt correspondant aux besoins de l'acquéreur⁶⁰⁰ ? Confrontée à cette problématique, la jurisprudence a écarté le critère reposant sur l'acceptation dès lors qu'il aurait été de nature à introduire un élément empreint de subjectivité, voire potestatif. En effet, pour la Cour de

⁵⁹⁹ Voir en ce sens : J-M BEZ, « La protection de l'emprunteur et la pratique notariale », *JCP. N* 1981, p. 125.

⁶⁰⁰ Voir en ce sens : L. AYNES, « La condition suspensive d'obtention d'un prêt dans une promesse unilatérale de vente », *Deffrénois*, 1988, n° 34345.

cassation, la condition suspensive de l'obtention d'un prêt est réputée réalisée « *dès la présentation par un organisme de crédit d'une offre régulière correspondant aux caractéristique du financement de l'opération stipulée par l'emprunteur* »⁶⁰¹. Par conséquent, il importe peu que le bénéficiaire de l'offre y ait renoncé⁶⁰².

578. Quid de l'accord de l'établissement de crédit donné sous réserve de son acceptation par l'assurance de l'emprunteur — Pour que la condition suspensive afférente à l'obtention d'un prêt soit réputée réalisée, il faut que l'offre de prêt soit ferme et sans réserve⁶⁰³. Partant, se pose la question de l'incidence du prêt, accordé sous réserve de son acceptation par l'assureur de l'emprunteur, sur la réalisation de la condition suspensive. Pour la jurisprudence, dès lors que l'acceptation par l'assureur est extérieure à la volonté de l'emprunteur, elle doit être considérée comme n'ayant aucune influence sur le caractère ferme de l'offre. Elle renvoie en effet à la survenance d'un événement dépendant de la volonté d'un tiers au contrat. L'offre émise sera alors une offre sous condition. En cas de réalisation, c'est-à-dire en cas d'acceptation de l'offre de prêt par l'assureur, elle sera considérée rétroactivement comme pure et simple. *A contrario*, en cas de non-réalisation, elle s'efface et est alors réputée n'avoir jamais été réalisée. Cette condition portant sur l'acceptation de l'offre de prêt par un organisme tiers doit s'analyser comme étant constitutive d'une condition résolutoire de non-acceptation : en cas de rejet de la demande de prêt par l'assureur, la condition est réputée être défaillie.

579. L'importance de la contractualisation des conditions du prêt dans la promesse — Pour les parties, il est utile d'insérer des clauses portant sur les démarches que l'emprunteur devra effectuer en vue d'obtenir le prêt qu'il sollicite. Pour le vendeur, de telles stipulations auront pour effet d'éviter que celui-ci ne se désengage trop facilement de la promesse synallagmatique en déposant une demande de prêt fantaisiste. Afin de se prémunir contre le risque de voir son cocontractant quitter le cadre de la promesse, il appartient au

⁶⁰¹ Cass. 1^{ère} civ., 9 décembre 1992, *Bull. civ.* 1992, I, n° 309 ; *JCP. N* 1993, II, p. 121 note A. Gourio ; *JCP. E* 1993, I, n° 231, obs. T. Revet.

⁶⁰² Voir en ce sens : Cass. 1^{ère} civ., 2 juin 1993, *Bull. civ.* 1993, I, n° 198 ; *JCP. N* 1993, II, p. 386 ; *Defrénois*, 1994, n° 35746, p. 356, obs. D. Mazeaud.

⁶⁰³ Voir en ce sens : Cass. 3^{ème} civ., 27 janvier 2009, *JCP. N* 2010, 1001, n° 13, note S. Piedeliève.

vendeur d'énoncer avec précision les conditions et caractéristiques du prêt envisagé⁶⁰⁴. Il pourra alors faire figurer le montant du prêt visé, son taux maximum ainsi que sa durée.

2 : Les modalités de la réalisation de la condition suspensive

580. La charge de la preuve tenant à la réalisation de la condition — En pratique, l'absence d'obtention du prêt dans le délai stipulé par les parties aura pour conséquence d'entraîner la caducité de la promesse. Au contraire, son octroi (sous réserve de la réalisation des autres conditions suspensives et de la réitération du consentement des parties en la forme authentique) rendra les obligations des parties pures et simples. La preuve de l'octroi du prêt par un organisme de crédit repose sur l'emprunteur, c'est donc sur ses épaules que pèse la charge de la preuve conformément aux dispositions de l'article 1315⁶⁰⁵ du Code civil. Il devra démontrer que le prêt sollicité par lui correspond bien aux stipulations contractuelles⁶⁰⁶ : montant, taux, durée.

581. La rétroactivité de la condition suspensive — La promesse de vente qui ne comporterait aucune autre condition suspensive ou nécessaire à sa formation en dehors de l'obtention d'un prêt produirait ses effets de plein droit et rétroactivement conformément à la lettre de l'article 1179 du Code civil, dès que celui-ci serait accordé. Une telle situation aurait pour effet de sécuriser le promettant-vendeur qui n'a accepté de s'engager qu'à la condition expresse tenant à l'obtention d'une ligne de crédit par le promettant-acquéreur. Elle consoliderait ainsi le lien d'obligation né de l'échange des consentements⁶⁰⁷. Cette solution n'est cependant pas satisfaisante, car elle se traduirait par un transfert immédiat de la propriété à l'acquéreur quand bien même celui-ci ne disposerait pas encore de la jouissance du bien et n'en aurait pas payé le prix. Il est toutefois à noter que la rétroactivité ne participant pas à

⁶⁰⁴ Voir en ce sens : D. MAZEAUD, « la condition suspensive d'obtention d'un prêt immobilier à l'épreuve de la jurisprudence : vers un juste équilibre », *JCP. N* 1993, I, p. 345.

⁶⁰⁵ L'article 1315 du Code civil impose à l'emprunteur qui s'est obligé de demander un prêt à des conditions précises, de prouver qu'il s'est bien libéré de son obligation en réalisant les démarches prévues.

⁶⁰⁶ Voir en ce sens : Cass. 1^{ère} civ, 9 février 1999., *Bull. civ.* 1999, I, n° 50 ; *Defrénois* 1999, n° 37008, p. 755.

⁶⁰⁷ Voir en ce sens : F. GENY, *R. Demogue et les notions fondamentales de droit privé, essai critique*, L. Larose et L. Tenin, Paris 1911, spéc. p. 10 et s.

l'essence de la condition, il est possible de l'écarter contractuellement. Cependant, le recours à la technique contractuelle ne fait que différer le problème, car l'acquéreur ne se sera pas plus acquitté du prix à la date de la réalisation de la condition. La rétroactivité est tout de même utile car elle permet de justifier que les droits, consentis sur le bien par le vendeur entre la date de signature de l'acte conditionnel et celle de la réalisation des conditions, seront anéantis et que ceux qui l'ont été par l'acquéreur seront confortés. Ainsi, plutôt que de renoncer à la rétroactivité, convient-il de retarder le transfert de propriété à la date de la signature de l'acte authentique en le dissociant de la vente.

582. L'acceptation de l'offre de prêt par l'emprunteur-acquéreur — Dans les cas où l'organisme de prêt sollicité donnerait son accord à l'ouverture d'une ligne de crédit, l'emprunteur ne sera jamais tenu d'accepter cette offre de prêt. En effet, il dispose de la faculté d'y renoncer dans le délai de validité de l'offre. En revanche, en cas de défaut au jour de la réitération de l'acte, il engagera envers le promettant sa responsabilité contractuelle dès lors qu'il est tenu à l'exécution du contrat. Cette option est donc purement théorique.

B : La réalisation de la condition suspensive en l'absence de l'obtention du prêt

583. La condition suspensive portant sur l'obtention d'un prêt peut être réputée acquise lorsque sa défaillance est imputable à l'emprunteur — Lorsque les parties introduisent dans le corps de la promesse une condition suspensive relative à l'obtention d'un prêt avec des modalités précises, la défaillance de la condition a pour effet de rendre l'avant-contrat caduc. Cependant, force est de constater que cette situation n'est pas tout à fait exacte dès lors que l'article 1178 du Code civil dispose qu'une condition suspensive peut être réputée acquise chaque fois que sa défaillance est imputable au débiteur qui en a sciemment empêché l'accomplissement. Partant, il est nécessaire de rechercher l'origine de la défaillance et plus exactement d'analyser les hypothèses dans lesquelles l'impossibilité d'obtenir un prêt procède d'un empêchement imputé à l'emprunteur (1), ce qui aura alors pour effet de réputer la condition acquise (2).

584. L'empêchement de la réalisation de la condition suspensive au regard des obligations contractuelles de l'emprunteur — Le constat suivant s'impose : la condition suspensive tenant à l'obtention d'un prêt est l'une des conditions qui peut le plus facilement faillir du fait du promettant-acquéreur. Pour éviter que la survenance d'une telle situation ne donne naissance à un contentieux, les parties pourront alors stipuler l'ensemble des obligations lui incombant lorsque celui-ci entreprendra les démarches afférentes à l'octroi de sa ligne de crédit. Se pose alors la question du sort de la condition suspensive ayant défailli en fraude de ces stipulations. La Cour de cassation a dans un premier temps admis de façon automatique que, bien qu'ayant satisfait aux exigences de l'article 1178 du Code civil, l'emprunteur qui n'aurait pas sollicité son prêt en accord avec les stipulations contractuelles inhérentes aux modalités de la demande commettrait une faute⁶⁰⁸. En conséquence de cette jurisprudence, la réalisation de la condition suspensive portant sur l'obtention d'un prêt, empêchée par le débiteur,⁶⁰⁹ était réputée acquise. Puis, la jurisprudence a modifié sa position initiale tenant à l'automaticité de la faute du promettant-acquéreur en imposant au promettant vendeur, demandeur à l'action, de démontrer l'existence d'un lien causal entre la faute du débiteur-emprunteur et le refus de l'organisme financier. Il est donc nécessaire que la défaillance de la condition soit le résultat de la faute de l'acquéreur, chose qu'il faut établir⁶¹⁰. La Cour refuse alors de considérer que le débiteur a empêché la réalisation de la condition suspensive s'il n'est pas établi que le retard qu'a eu l'emprunteur pour effectuer sa demande de prêt est à l'origine du refus de l'établissement de crédit⁶¹¹. Cette évolution est en parfait accord avec la lettre de l'article 1178 du Code civil qui impose de rechercher quel a été le rôle du débiteur dans la mise en œuvre de la condition.

⁶⁰⁸ Voir en ce sens : Cass. 1^{ère} civ., 13 novembre 1997, *Bull. civ.* 1997, I, n° 310, *Defrénois* 1998, n° 36753, p. 358, obs. J. L. Aubert .

⁶⁰⁹ Voir en ce sens : Cass. 1^{ère} civ., 19 juin 1990, *Bull. civ.* 1990, I, n° 175 ; *JCP. N* 1991, II, p. 80 ; *Defrénois* 1990, n° 18, p. 1026, obs. J.L. Aubert. Ici le débiteur avait attendu le dernier jour du délai stipulé pour effectuer sa demande.

⁶¹⁰ Voir en ce sens : Cass. 3^{ème} civ., 26 mai 2010, *Bull. civ.* 2010, III, n° 103.

⁶¹¹ Voir en ce sens : Cass. 3^{ème} civ., 7 novembre 2007, *RD imm.* 2008, p. 262, obs. H. Heugas -Darraspen.

Dans un arrêt du 16 janvier 2013⁶¹² la Cour de cassation s'inscrit de prime abord en rupture avec sa jurisprudence précédente. En effet, les juges du quai de l'horloge ont approuvé le raisonnement des juges du fond : ceux-ci avaient considéré que le seul fait de demander un prêt d'un montant supérieur à ce qui été contractuellement convenu dans la promesse suffisait à établir que l'emprunteur était à l'origine de la défaillance de la condition. À y bien regarder, cet arrêt ne semble pas renoncer complètement à la preuve d'un lien causal. Il paraît plutôt consacrer dans certaines hypothèses « *l'existence d'une présomption causale entre le non-respect de la clause et le refus de l'établissement. Ainsi, solliciter une somme plus importante que celle initialement prévue fait présumer que cet élément est à l'origine du rejet de la demande* » comme le mentionne Mme Coutant-Lapalus⁶¹³. La Cour tente ainsi de trouver une position lui permettant d'obtenir un juste équilibre entre la protection de l'emprunteur et la notion de « loyauté » dans l'exécution du contrat. Partant, l'acquéreur a bien empêché la réalisation de la condition par la sollicitation d'un montant supérieur à ce qui était initialement prévu dans la promesse ; la vente est alors réputée acquise.

2 : Une condition réputée acquise

585. L'option du vendeur : l'exécution de la promesse ou la renonciation en présence d'une clause pénale — En tout état de cause, il apparaît que lorsque l'emprunteur a sciemment empêché la réalisation de la condition suspensive, celle-ci est réputée accomplie. Au regard des dispositions de l'article 1179 du Code civil, il convient donc de considérer que l'obligation a pris naissance et rétroagit (sauf stipulation contraire) à la date de l'engagement, sauf dans le cas où les parties en auraient décidé autrement. Le contrat étant réputé être valablement formé, le vendeur est alors en droit d'exiger son exécution forcée et le paiement du prix de vente. Néanmoins, une autre option lui est ouverte : il pourra renoncer à la promesse et demander sa résolution, tout en faisant jouer la clause pénale qu'il n'aura pas manqué de stipuler à son profit. À l'aune de l'arrêt précité du 16 janvier 2013⁶¹⁴, il est cependant surprenant de constater que les juges ont attribué le montant de la clause pénale au

⁶¹² Voir en ce sens : Cass. 3^{ème} civ., 16 janvier 2013, *RD. imm.* 2013, p. 149, obs. H. Heugas-Darraspen.

⁶¹³ Voir : C. COUTANT-LAPALUS et F. COLLARD, « La condition suspensive d'obtention d'un prêt et les obligations de l'acquéreur-emprunteur », *JCP. N* 2013, n° 18.

⁶¹⁴ : Cass. 3^{ème} civ., 16 janvier 201, *op. cit.*

vendeur – ce qui est somme toute relativement normal – mais également des dommages et intérêts – ce qui peut sembler plus surprenant au regard de la conception de la clause pénale -. Force est de constater l'évolution de la clause pénale. À l'origine, selon la définition qu'en donnait Pothier, il s'agissait essentiellement « *une mesure instituée dans l'intention de dédommager le créancier de l'inexécution de l'obligation principale* »⁶¹⁵. Aujourd'hui, elle est considérée par la pratique comme « *un moyen de pression et instrument de répression lorsque l'évènement déclenchant son application s'est produit* »⁶¹⁶ et s'apparente selon la formule de Carbonnier à « *une peine privée* »⁶¹⁷. La clause pénale a pour objet de déterminer à l'avance les conséquences pécuniaires de l'inexécution de la promesse, se soldant par l'octroi forfaitaire de dommages et intérêts. S'il est admis que cette clause peut fonctionner sans qu'il soit nécessaire de rapporter l'existence d'un préjudice, celle-ci exclut en principe toute demande d'indemnité supplémentaire de la réparation du préjudice subi, sous réserve bien entendu que le créancier puisse démontrer l'existence d'un préjudice distinct non-couvert par ladite clause. Tel ne semble pas être le cas dans l'espèce de 2013, à moins que la clause pénale stipulée par les parties ne puisse être mise en œuvre qu'en cas d'exécution tardive de l'obligation de réitération. Cela permettrait alors au promettant d'obtenir des dommages et intérêts sur le fondement de l'inexécution de cette obligation. Dans le même sens, il est possible que les dommages et intérêts alloués ne visent pas à la réparation du préjudice subi du fait de l'absence de réitération, mais du retard dans l'information par l'acquéreur de la non réalisation de la condition.

II : La rédaction de la condition suspensive d'obtention d'un prêt

586. Le contenu de la condition suspensive — Pour toute les raisons que nous avons pu analyser précédemment, il incombe aux parties de porter un soin tout particulier à la rédaction de la clause portant sur la condition suspensive inhérente à l'obtention d'un prêt.

⁶¹⁵ J. J BUGNET, *Œuvres de Pothier annotées et mise en corrélation avec le Code civil et la législation actuelle*, t. II, Paris, Cosse et Plon, 1861, n° 342, p. 176.

⁶¹⁶ D. MAZEAUD, *La notion de clause pénale*, LGDJ, *Bibliothèque de droit privé*, t. CCXXIII, 1992, n° 495, p. 288.

⁶¹⁷ J. CARBONIER, *Droit civil, tome IV : Les obligations*, Paris, PUF, 22^{ème} éd., 2000, n° 178, p. 331. « *C'est une peine mais une peine privée* ».

Nous proposerons donc ici un modèle de clause inspiré des travaux de Mme Coutant-Lapalus et de M. Collard⁶¹⁸ qu'il nous faudra replacer dans le contexte opérationnel de la procédure de data-room. Nous décomposerons notre réflexion relative à la rédaction de la clause portant sur l'obtention d'un prêt en proposant dans un premier temps un modèle afférent aux modalités de la condition et aux obligations qui en résultent pour les parties (**A**). Nous verrons ensuite les modalités de réalisation de la condition suspensive (**B**).

A : Les modalités d'obtention du prêt et les obligations qui en résultent pour l'emprunteur-acquéreur

587. Des modalités d'obtention du prêt et des obligations qui en résultent pour le promettant-acquéreur — Il nous faudra traiter ici successivement de la rédaction des stipulations propres aux modalités de l'obtention du prêt par le promettant-acquéreur (1), puis des obligations qui en résultent pour lui (2).

1 : Les modalités de l'obtention du prêt

588. La détermination des différentes modalités liées à l'obtention du prêt — Il s'agit ici pour le promettant-vendeur de décrire précisément les caractéristiques du prêt que devra solliciter l'emprunteur dans le but d'éviter que celui-ci ne puisse faire faillir trop facilement à la condition. Il s'agira notamment de fixer le montant du prêt sollicité ou à tout le moins une fourchette estimative, ainsi que sa durée maximale et enfin le taux maximal envisagé. Cette clause pourrait alors se présenter de la façon suivante :

« L'acquéreur éventuel ayant recours à un financement, le présent avant-contrat est conclu sous la condition suspensive, stipulée au seul profit de l'acquéreur éventuel, de l'obtention par lui d'un ou plusieurs prêts pour acquérir l'immeuble objet du présent accord. Dans ce cadre, l'acquéreur éventuel s'oblige à solliciter un prêt correspondant aux caractéristiques ci-après :

- *Montant global maximum du ou des prêts envisagés : entre... euros et ... euros ;*
- *Durée maximale : entre... ans et ... ans ;*
- *Taux d'intérêt maximal hors frais de dossier, assurance et de garanties : entre... % et ... %*

⁶¹⁸ Voir en ce sens : C. COUTANT-LAPALUS et F. COLLARD, « La condition suspensive d'obtention d'un prêt et les obligations de l'acquéreur-emprunteur », *JCP. N* 2013, n° 18.

À cet effet, l'acquéreur-emprunteur déclare qu'à ce jour sa capacité de remboursement lui permet de déposer un ou plusieurs prêts remplissant ces caractéristiques et qu'à sa connaissance, il n'existe pas d'obstacles à la conclusion d'un tel contrat ».

2 : Les obligations de l'acquéreur-emprunteur

589. Les obligations de l'acquéreur-emprunteur — En acceptant la promesse et donc la condition suspensive tenant à l'obtention d'un prêt finançant l'acquisition de l'immeuble, l'emprunteur-acquéreur accepte que soit mis à sa charge un ensemble d'obligations. Il s'oblige à effectuer toutes les démarches nécessaires à l'obtention de sa ligne de crédit, à tenir informé le vendeur de l'état d'avancement desdites démarches, et plus généralement à le tenir informé de tout événement emportant la défaillance ou la réalisation de la condition suspensive. Cette clause pourrait se présenter de la manière suivante :

« L'acquéreur-emprunteur s'engage à effectuer toutes les démarches nécessaires pour obtenir son financement et notamment à solliciter une demande de prêt remplissant les caractéristiques sus-énoncées et ce, dans un délai de ... jours à compter d'aujourd'hui. Toutefois, les parties ont été informées que le défaut de dépôt dans ce laps de temps n'est pas automatiquement sanctionné au titre de l'article 1178 du Code civil.

L'acquéreur-emprunteur devra tenir informé le vendeur de ses principales démarches et notamment du dépôt de la demande de prêt ainsi que de la réponse du prêteur et ce, sous un délai de huit jours. Une copie de ces différents échanges devra être adressée à Me..., notaire à...

Plus généralement, l'acquéreur-emprunteur doit tenir informé Me..., notaire susnommé et le vendeur de tout événement emportant la défaillance ou la réalisation de la condition suspensive.

Étant entendu que l'omission de ces différentes informations n'emporte pas la caducité du présent accord ».

B : La réalisation de la condition suspensive

590. La prévision contractuelle des modalités de réalisation de la condition suspensive — Il est important pour les parties de prévoir les différentes modalités

permettant de qualifier la condition de réalisée ou de défaillie. Outre de prévenir la survenance d'un éventuel litige, ce travail de rédaction contractuel aura pour effet de s'appuyer sur une qualification de l'état de la convention résultant de loi des parties en cas de survenance d'un contentieux. Cela permet d'éviter de s'en remettre à l'appréciation des tribunaux. Nous présenterons donc d'une part les stipulations attachées à la réalisation de la condition (1), et d'autre part celles inhérentes aux conséquences qu'elles emportent (2). Enfin, nous verrons plus spécifiquement le cas de la stipulation relative à la renonciation de la condition (3).

1 : Les modalités de réalisation de la condition suspensive

591. Proposition de clause permettant aux parties d'appréhender les modalités de réalisation de la condition — Cette clause prévoira classiquement les hypothèses permettant de réputer la condition comme réalisée ou défaillie. La rédaction suivante est alors envisageable :

« La condition suspensive est accomplie par la remise à l'acquéreur-emprunteur d'une offre de prêt remplissant les critères définis ci-dessus au plus tard le ... En cas de dépôt de plusieurs prêts permettant d'acquérir le bien objet des présentes c'est bien l'ensemble des prêts qui doivent être obtenus dans le délai fixé ci-avant... L'absence de remise à l'acquéreur-emprunteur d'une offre de prêt remplissant les critères définis ci-dessus dans le délai fixé emporte la défaillance de la condition suspensive. Cependant, l'acquéreur-emprunteur est informé que si la condition vient à faillir par sa faute ou sa négligence, par application de l'article 1178 du Code civil, la condition sera considérée comme réalisée ».

2 : Les conséquences de la non-réalisation de la condition suspensive : le sort de l'indemnité d'immobilisation

592. L'intérêt de la prévision contractuelle de la non-réalisation de la condition se soldant par le versement de l'indemnité d'immobilisation — Le sort de l'indemnité d'éviction est un puissant levier visant à dissuader le bénéficiaire de la promesse de faire faillir volontairement la condition suspensive pour se retrouver délié de ses engagements. En effet, le vendeur aura tout intérêt à stipuler que la faute de l'acquéreur (dont la résultante serait de ne pas obtenir la ligne de crédit qu'il sollicite) se soldera par un

versement définitif de l'indemnité d'immobilisation au profit du vendeur. En revanche, lorsqu'aucune faute ne peut être imputée au bénéficiaire quant au refus de son prêt, il est normal que celui-ci récupère l'indemnité. Une telle clause pourrait être rédigée de la façon suivante :

« Pour quelques causes que ce soit, si le prêt ci-dessus caractérisé n'est pas obtenu dans le délai fixé, l'indemnité d'immobilisation qui est versée ce jour devra lui être restituée intégralement et sans délai. Aucune charge ne peut être imputée sur ce montant. Toutefois, si la défaillance de la condition est le fait d'une faute ou d'une négligence de l'acquéreur-emprunteur, ce dernier s'oblige à verser cette somme au vendeur ».

3 : La renonciation à la condition suspensive

593. L'intérêt de stipuler une possibilité de renonciation à la condition suspensive portant sur l'obtention d'un prêt — En dernier lieu, il appartient aux parties de prévoir qu'elles peuvent renoncer à la condition suspensive inhérente à l'obtention d'un prêt d'un commun accord, sans pour autant rompre les négociations qu'elles ont entamées jusque-là. Elles s'engagent alors l'une envers l'autre à poursuivre la vente par le biais d'un nouveau contrat. De surcroît, il est utile d'introduire une clause permettant à l'acquéreur de renoncer au bénéfice de la condition suspensive pour lui permettre d'acquérir l'immeuble par un autre mode de financement, sans pour autant rendre la promesse caduque.

« En cas de refus de prêt ou de non-obtention dans le délai stipulé, le présent accord sera caduc de plein droit par la défaillance de la condition suspensive. Toutefois, d'un commun accord, malgré la caducité du présent, les parties pourront souhaiter poursuivre la vente, mais il s'agira alors d'un nouveau contrat. En revanche, avant la défaillance de la condition suspensive, l'acquéreur-emprunteur aura la possibilité de renoncer à son bénéfice. Pour ce faire, il devra informer Me..., notaire susnommé, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ».

§2 : Les conditions suspensives usuelles lors de la procédure de data-room

594. Les conditions suspensives inhérentes à l’octroi des autorisations de construire et d’exploiter, et de celles afférentes à l’état du sol — Lors de l’analyse de la data-room, le candidat-acquéreur aura mis en lumière le risque opérationnel afférent à la vente. En vue de minorer ce risque, il pourra avoir recours à la stipulation de conditions suspensives dont l’objet sera de retarder la formation de la vente jusqu’à la survenance d’un certain nombre d’évènements. En règle générale, chaque immeuble étant par nature différent, il est possible d’imaginer une infinité de clauses qui traiteront chacune d’une problématique spécifique rencontrée lors de la négociation : fiscale, financière, juridique, constructive, environnementale ...

Partant, au-delà de la casuistique propre à chaque vente d’immeuble, deux types de clauses méritent tout particulièrement d’être traitées. Les premières sont liées à l’octroi des autorisations de construire et d’exploiter (**I**). Les secondes visent à prendre en considération l’état du sol, dans l’optique d’estimer le coût des fondations dans le cadre de l’édification future d’un immeuble ou de son éventuel développement; ou bien de déterminer si celui-ci est affecté d’une éventuelle pollution (**II**).

I : Les conditions suspensives portant sur les autorisations de construire et d’exploiter

595. L’intérêt de conditionner la vente à l’obtention d’une l’autorisation de construire ou d’exploiter — La condition suspensive tenant à l’obtention d’une autorisation de construire ou d’exploiter recouvre des situations diverses mais qui aboutissent toutes à la même problématique : qui du vendeur ou de l’acquéreur devra supporter le risque tenant à l’obtention de desdites autorisations ? Pour illustrer notre propos, prenons l’exemple d’un terrain à construire sur lequel l’acquéreur souhaitera édifier un bâtiment à destination commerciale. Il pourra choisir d’effectuer les démarches administratives en vue de satisfaire à cet objectif ou d’exiger que le vendeur ait obtenu les autorisations nécessaires préalablement à la formation de la vente. Ici, tout dépend du vendeur à qui s’adresse l’acquéreur. S’il est un opérateur immobilier, celui-ci peut lui céder un projet « clef en main » comprenant toutes les autorisations de construire et d’exploiter nécessaires à sa réalisation future. Ce n’est pas

l'acquisition du terrain mais du projet dans son ensemble qui est visé, les autorisations étant alors valorisées dans le prix d'acquisition puisqu'elles conditionnent la perception des flux futurs de l'immeuble. Il appartiendra alors au vendeur de les obtenir pour former la vente et de laisser à l'acquéreur le soin de les mettre en œuvre. Un autre cas de figure peut être envisagé : le vendeur peut ne vouloir céder qu'un terrain sans s'encombrer des démarches administratives attachées à l'obtention des autorisations de construire et d'exploiter. C'est ainsi qu'il transfèrera à l'acquéreur la charge de leur obtention et le risque de refus qui y est lié. Dans ces deux hypothèses, l'obtention des autorisations conditionne la réalisation de la vente puisqu'elle est de nature à en assurer l'équilibre économique. La charge du risque tenant à leur obtention est avant tout fonction de l'opération envisagée par les parties ainsi que des acteurs qui y participent : simple vendeur ou vendeur-opérateur, simple acquéreur ou acquéreur-opérateur. Cette problématique portant sur un terrain à construire peut être transposée au cas plus particulier de la vente d'un immeuble commercial, entendu ici au sens de bâtiment déjà réalisé, mais pouvant être l'objet soit d'une opération de restructuration, soit d'un développement nécessitant l'obtention d'un permis de construire modificatif ou d'un nouveau permis de construire.

Une telle condition se conçoit tout à fait au regard de la logique économique de l'opération. En effet, le modèle économique d'acquisition se fonde sur la perception du revenu de l'immeuble qui sera sensiblement modifié dans le futur par l'autorisation ou le refus de l'autorisation.

596. L'articulation entre la délivrance des autorisations de construire et d'exploiter — Il s'agit ici de rappeler brièvement l'articulation entre la délivrance du permis de construire et celle de l'autorisation d'exploitation commerciale, résultant des dispositions combinées des articles L 425-7⁶¹⁹ du Code de l'urbanisme et de l'alinéa 1^{er} de l'article R 752-7⁶²⁰ du Code de commerce. Au regard de ce dispositif, le permis de construire ne peut être

⁶¹⁹ L'article L 425-7 du Code de l'urbanisme dispose que « conformément à l'article L. 752-1 du Code de commerce, lorsque le permis de construire porte sur un projet soumis à une autorisation d'exploitation commerciale, le permis ne peut être accordé avant la délivrance de cette autorisation. Sa mise en œuvre ne peut être entreprise avant l'expiration des recours entrepris contre elle ».

⁶²⁰ L'article R 752-7 du Code de commerce dispose : « La demande d'autorisation prévue aux articles L. 752-1 à L. 752-5 est présentée soit par le propriétaire de l'immeuble, soit par une personne justifiant d'un titre l'habilitant à construire sur le terrain ou à exploiter commercialement l'immeuble ».

accordé avant la délivrance de l'autorisation d'exploitation commerciale. De plus, sa mise en œuvre ne peut être entreprise avant l'expiration des délais de recours exercés contre cette décision. Partant, ce n'est qu'une fois l'autorisation d'exploitation accordée que le permis de construire pourra être délivré par l'autorité administrative compétente. L'arrêté pris par celle-ci devra préciser au demandeur qu'en cas de recours formé devant la Commission Nationale d'Aménagement Commercial (CNAC), la mise en œuvre du projet ne pourra intervenir avant que celle-ci ne se soit prononcée. Ainsi, en matière d'immobilier commercial, celui à qui incombe la charge d'obtenir les autorisations devra-t-il préalablement obtenir l'autorisation d'urbanisme commercial (**B**) avant l'autorisation de construire (**A**). Il nous faudra alors percevoir comment s'organisent les conditions suspensives qui y sont afférentes.

A : La condition suspensive portant sur l'obtention d'une autorisation de construire

597. Le bénéficiaire de la clause, son contenu et son régime — Il nous faudra déterminer pour laquelle des parties la stipulation d'une telle clause présente un véritable intérêt (**1**), puis d'en apprécier le contenu (**2**), et enfin le régime (**3**).

1 : Le bénéficiaire de la clause

598. L'acquéreur, bénéficiaire de la condition suspensive — La condition suspensive tenant à l'obtention de l'autorisation de construire est consentie au profit de l'acquéreur. En effet, l'intérêt du vendeur réside uniquement dans la perception du prix de vente. Objectivement, que l'acquéreur obtienne ou non cette autorisation ne présente pour lui que peu d'intérêt. Exceptionnellement, le vendeur pourra y être intéressé, trois hypothèses sont alors envisageables. La première est celle dans laquelle le prix de vente convenu entre les parties est fonction du nombre de mètres carrés qui seront effectivement construits. La seconde a trait à la conservation par le vendeur d'un surplus du terrain cédé ou d'un terrain avoisinant. Il aura alors un intérêt certain procédant de l'aménagement du terrain vendu. Enfin, le dernier cas envisagé est celui où les parties auront convenu un prix de base assorti d'une éventuelle majoration dès lors que l'acquéreur aura obtenu de l'administration le droit de construire plus d'un certain nombre de mètres carrés, ou encore le déclassement d'une certaine

partie du terrain dans le POS⁶²¹ ou le PLU⁶²². La condition suspensive devra être stipulée dans l'intérêt des deux parties ; le vendeur étant particulièrement intéressé à sa construction, il ne peut alors plus être question de permettre au seul acquéreur de renoncer unilatéralement à la celle-ci.

Hormis ces cas spécifiques relevant de la casuistique en matière d'immobilier commercial, il convient de mentionner que seul l'acquéreur pourra se prévaloir de la défaillance de la condition suspensive tenant en l'obtention de l'autorisation de construire. Cette hypothèse correspond à la situation dans laquelle l'acquéreur-investisseur décidera d'aller quérir l'autorisation de construire par ses propres moyens, de façon à ne pas valoriser ces autorisations dans son prix d'acquisition. En effet, un immeuble cédé avec ces autorisations aura toujours une valeur d'acquisition supérieure puisqu'il sera net de risque en la matière. Une telle clause pourra être rédigée de la façon suivante :

« Cette condition suspensive est stipulée dans l'intérêt exclusif de l'acquéreur. En conséquence, si la condition défaille, l'acquéreur aura seul qualité pour s'en prévaloir et, s'il le désire, se trouver délié de tout engagement. Dans cette hypothèse, la présente convention sera considérée comme caduque, sans indemnité de part ni d'autre ; la somme versée par l'acquéreur lui sera restituée. L'acquéreur pourra néanmoins demander la réalisation des présentes en faisant son affaire personnelle des conséquences de la défaillance de la condition. Il lui appartiendra de faire connaître au vendeur son intention de réaliser la vente malgré la défaillance de la condition suspensive, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception adressée au plus tard dans les trois jours suivant l'expiration du délai prévu pour la réalisation de la condition » .

Le délai d'information proposé ici est de trois jours, ce qui peut paraître court. Cependant, en cas de défaillance de la condition suspensive, le vendeur a tout intérêt à connaître la décision définitive de l'acquéreur le plus rapidement possible. En effet, dès lors qu'il a toujours la possibilité d'y renoncer et d'assumer pleinement le risque tenant à l'obtention de l'autorisation de construire, la défaillance de la condition ne signifie pas pour autant la caducité systématique de la promesse.

⁶²¹ Plan d'Occupation des sols.

⁶²² Plan Local d'Urbanisme.

2 : Les caractéristiques de la demande d'autorisation de construire

599. Le dépôt de la demande d'autorisation de construire — La clause portant sur l'obtention d'une autorisation de construire prévoit les démarches qui devront être effectuées par le bénéficiaire-acquéreur. Ainsi devra-t-il déposer une demande auprès de l'administration compétente (a) et cela dans le certaines conditions (b).

a : Le dépôt de la demande

600. L'intérêt d'encadrer le dépôt de la demande — Il est important pour les parties de fixer des délais précis à leurs engagements, et ce pour plusieurs raisons. Economiquement tout d'abord, ne pas stipuler de délai pour le dépôt de la demande empêcherait l'acquéreur d'invoquer la défaillance de la condition et de quitter la promesse aussi vite qu'il le souhaiterait. Or, depuis la signature de la promesse, celui-ci a versé au vendeur une indemnité d'immobilisation qu'il ne pourra pas réintégrer dans ses comptes tant que la condition n'aura pas failli, rendant alors la promesse caduque. Partant, en arrêtant un délai raisonnable avec le vendeur pour lui permettre de réaliser chacune des étapes nécessaires à l'obtention de l'autorisation de construire, il maîtrise le temps dévolu aux démarches administratives.

Ensuite, sur un plan plus général, selon M. Dagot⁶²³, « *cette obligation participe de l'effort fait pour enfermer la condition suspensive dans les limites du raisonnable pour ne pas l'abandonner à la bonne volonté de l'acquéreur (...)* A ce titre, elle peut être abandonnée si une limite dans le temps pour la réalisation de la condition suspensive a été fixée de manière non ambiguë ». En d'autres termes, si à l'expiration de ce délai l'instruction de la demande de permis était encore en cours, l'acquéreur serait fondé à demander une prorogation du délai et invoquer le fait du prince pour justifier du défaut de demande de l'autorisation. Pour éviter ces désagréments, il est donc nécessaire de prévoir un certain délai imparti à la demande de l'autorisation, permettant d'avoir une idée assez précise sur la possibilité d'obtenir la dite autorisation si ceux-ci sont bien calculés.

Nous pourrions proposer la rédaction suivante :

⁶²³ *Ibidem.*

« L'acquéreur s'oblige à déposer la demande de permis de construire dans un délai de deux mois à compter de la signature de la présente promesse. Il devra en justifier au vendeur par la production de la copie certifiée conforme du récépissé délivré par la commune. En cas de non-production de ce document huit jours après mise en demeure adressée par le vendeur à l'acquéreur, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, le vendeur reprendra sa pleine et entière liberté, sans indemnité de part ni d'autre ».

Si l'acquéreur a l'obligation de déposer la demande de permis de construire, encore faut-il qu'il le puisse. Or, il n'est pas encore propriétaire de l'immeuble, le transfert de propriété n'intervenant qu'à la date de réitération de la vente en la forme authentique. Partant, les parties devront prévoir une clause d'autorisation de déposer la demande dans le corps de la promesse, permettant ainsi à l'acquéreur de se substituer au vendeur dans les démarches qu'il entreprendra auprès des services de l'urbanisme. De surcroît, une telle clause permet de prévenir les contentieux éventuels en mentionnant la partie qui aura la charge de supporter les coûts afférent à ces démarches. Partant, une telle clause pourrait se présenter de la façon suivante dans l'hypothèse de la cession d'un terrain destiné à l'édification d'un bâtiment commercial, ou de celle de l'extension d'un bâtiment existant nécessitant un permis de construire modificatif voire un nouveau permis de construire :

« La présente convention vaut autorisation pour l'acquéreur de déposer la demande de permis de construire, ainsi qu'éventuellement le permis de démolir qui serait nécessaire. L'autorisation de déposer la demande de permis de construire implique, au profit de l'acquéreur :

- l'autorisation de réaliser, à ses frais et sous sa responsabilité, tous travaux de sondage destinés à vérifier que le terrain ne nécessitera pas, eu égard au projet de l'acquéreur, des fondations autres que normales réalisables à des coûts normaux ; à charge pour l'acquéreur de remettre en état le terrain, et de causer le moins de gêne possible ;*
- l'autorisation de vérifier, ou faire vérifier, à ses frais et sous sa responsabilité, par prélèvements et analyses du sol, du sous-sol et de la nappe phréatique, l'absence d'une pollution ou contamination quelconque susceptible de nécessiter des actions correctives de mise en conformité ou de remise en état du terrain ».*

b : Les modalités de la demande

601. La stipulation des modalités de la demande dans la clause permet au vendeur de se prémunir le risque tenant à la non-obtention de l'autorisation de

construire — Pour le vendeur, il s'agit ici de s'assurer que les démarches effectuées par l'acquéreur ne seront pas de nature à lui porter ultérieurement préjudice. En effet, il souhaitera se dégager de toute responsabilité inhérente au refus possible de la demande. Il prévoira notamment qu'en cas d'impossibilité pour l'acquéreur de transférer le permis de construire à une société tierce, celui-ci ne pourra engager aucun recours à son encontre. Il mentionnera également que l'acquéreur devra supporter seul les frais liés à la demande et qu'en aucun cas il ne pourra lui être demandé d'y contribuer. Ces différentes modalités prennent tout leur sens lorsqu'elle analysée à la lumière de la logique économique qui préside à la mise en œuvre de la procédure de data-room. En effet, lorsqu'elle est le fait du vendeur, l'obtention des autorisations de construire et d'exploiter peut être valorisée et faire à ce titre partie intégrante du prix de vente de l'immeuble. En acceptant le risque de non-délivrance, l'acquéreur a choisi d'effectuer les démarches par ses propres moyens. Il a donc corrélativement acquis l'immeuble à un prix inférieur à celui qu'il aurait payé en transférant le risque de l'obtention à la charge du vendeur. Partant, ce dernier n'ayant pas tiré profit d'une valorisation de ces autorisations, il est économiquement inconcevable de lui demander d'en supporter une fraction. Stipuler cet état de fait dans le corps de la promesse a le mérite de figer la situation et de prévenir tout contentieux à l'occasion duquel l'acquéreur lui demanderait de prendre à sa charge certains coûts inhérents à la demande.

À titre d'exemple, une telle clause pourrait être stipulée de la façon suivante :

« La demande de permis de construire sera formulée soit au nom de l'acquéreur lui-même, soit au nom de la société qu'il projette de constituer pour réaliser l'acquisition. Il appartiendra à l'acquéreur de faire son affaire personnelle du transfert ultérieur du permis de construire, sans recours contre le vendeur, pour quelque cause que ce soit liée à ce transfert.

La demande de permis de construire a pour but de savoir si le terrain en cause est constructible pour la réalisation de l'opération suivante :.....

Les frais du permis de construire : l'acquéreur fera son affaire personnelle des frais afférents au permis de construire, et en particulier des honoraires d'architecte et des taxes ou impôts liés directement au permis de construire ».

3 : La réalisation de la condition suspensive

602. Les conditions de la réalisation de la condition — Les parties doivent prévoir les conditions de réalisation de la condition afin d'éviter, par la suite, tout

contentieux. En pratique, la délivrance de l'arrêté du permis de construire par l'autorité compétente permet de considérer que la condition suspensive est levée. Cependant, le cas du possible recours d'un tiers en annulation ou en suspension doit-être envisagé dès lors qu'il peut avoir une forte incidence sur la levée de la condition.

Partant, cette situation pourrait être envisagée de la façon suivante dans le corps de la promesse :

« La condition d'obtention du permis de construire sera réputée réalisée dès la signature par l'autorité compétente de l'arrêté valant permis de construire.

En cas de recours d'un tiers contre le permis de construire, soit recours en annulation, soit recours en suspension, les parties conviennent de ce qui suit :

- L'acquéreur sera tenu d'informer le vendeur de tout recours, en lui produisant une copie certifiée conforme des pièces de procédure y afférentes. En cas de défaut de production, huit jours après mise en demeure adressée par le vendeur à l'acquéreur, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, le vendeur recouvrira sa pleine et entière liberté, sans indemnité de part ni d'autre.

- En cas de recours d'un tiers à l'encontre du permis de construire, les parties se concerteront au sujet des suites à donner, notamment en ce qui concerne le délai de réalisation des conditions suspensives qui ne pourra être respecté du fait du recours ».

B : La condition suspensive portant sur l'obtention de l'autorisation d'exploiter

603. La rédaction de la clause portant sur l'obtention d'une autorisation d'exploiter — En matière d'immobilier commercial, l'obtention d'un permis de construire s'inscrit dans une logique purement économique : édifier de nouveaux mètres carrés de surface commerciale, que ce soit sur un terrain à construire ou dans le cadre d'un projet de restructuration-développement d'une construction existante, et ce pour accroître les revenus produits par l'immeuble. Le projet de l'acquéreur pourra alors nécessiter une autorisation d'exploitation délivrée par la Commission Nationale d'aménagement Commercial (CDAC) en sus du permis de construire, dès lors que sa réalisation entrera dans le champ d'application de la loi du 4 août 2008⁶²⁴ ainsi que dans celui du décret du 24 novembre 2008⁶²⁵ : ceux-ci définissent la réglementation applicable en matière d'urbanisme commerciale. La rédaction de la promesse de vente peut alors se concevoir de deux façons distinctes : soit l'obtention de

⁶²⁴ Loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie et notamment ses articles 102 et 105.

⁶²⁵ Décret n° 2008-1212 du 24 novembre 2008 relatif à l'aménagement commercial.

l'autorisation d'exploitation est traitée comme un élément composant la condition suspensive d'obtention du permis de construire ; dans ce cas, il faudra compléter cette clause pour y intégrer l'autorisation d'urbanisme commercial. Soit celle-ci est traitée de manière autonome et distincte de l'obtention de l'autorisation de construire.

Nous retiendrons ici la seconde de ces deux hypothèses : en effet, au regard de l'importance que revêt l'autorisation d'exploiter appréciée à l'aune de la logique financière présidant à la réalisation de l'opération de vente, il apparaît logique que celle-ci en soit devenue une des pièces fondamentales. Sans elle, aucune possibilité n'est offerte à l'acquéreur d'exploiter les locaux commerciaux qu'il comptait édifier, et, partant, le modèle économique d'acquisition s'en trouve faussé (dans le cadre d'une extension de celui existant) ou impossible à réaliser (dans le cadre d'un terrain à construire). Il est alors possible de dire qu'elle représente la clef de voute, la pièce maîtresse du projet ; à ce titre elle doit faire l'objet d'une clause spécifique dont il nous fait à présent voire la rédaction.

604. Le contenu de la clause portant sur l'obtention de l'autorisation de construire — De façon liminaire, il convient de préciser que nous transposerons ici les raisonnements que nous avons pu développer en matière de permis de construire et notamment de transfert de risque. Cette clause sera donc stipulée au bénéfice de l'acquéreur, à qui il incombera d'effectuer de façon autonome les démarches nécessaires à l'obtention d'une telle autorisation. Pour la rédaction de cette clause, nous proposerons un modèle analogue à celui utilisé précédemment pour la celle relative à l'autorisation de construire. Dans un premier temps, il convient de rappeler que la condition suspensive est stipulée au seul bénéfice de l'acquéreur qui accepte d'un supporter tous les frais. De plus, il nous faut définir précisément le cadre dans lequel intervient une telle demande : terrain à construire, ou extension de l'existant.

« La présente vente est consentie et acceptée sous la condition suspensive de l'obtention, par l'acquéreur, par ses soins et à ses frais, d'une autorisation d'urbanisme commercial permettant la création d'un magasin de commerce de détail d'une surface de vente de ... mètres carrés. (Selon les hypothèses, et le projet de l'acquéreur, il conviendra de modifier la clause ; par exemple s'il s'agit d'une transformation, d'une extension, d'un changement d'activité, etc.).

Ensuite il conviendra de préciser expressément que la présente convention vaut titre pour l'acquéreur, afin de lui permettre de d'effectuer l'ensemble des démarches administratives :

« De convention expresse entre les parties, il est ici affirmé et reconnu que le présent protocole d'accord constitue pour l'acquéreur, un titre lui permettant de présenter la demande au titre de l'urbanisme commercial ».

Pour les même raison que celles énoncées à propos des autorisations de construire, il ne faudra pas négliger la précision d'un délai pour la présentation de la demande devant la Commission départementale d'Aménagement Commercial. Les parties devront alors prévoir les conséquences d'un refus de la demande ainsi que l'éventuelle prorogation de son délai.

« Dans le délai de ... semaines, le candidat acquéreur s'oblige à présenter la demande d'autorisation au titre de l'urbanisme commercial. En cas de refus de la part de la commission départementale d'aménagement commercial, l'acquéreur s'oblige à exercer dans le délai légal le recours contre la décision ».

Par la suite les parties préciseront les modalités de réalisation de la condition suspensive, sans que cela amène pour nous d'autres remarques que celles formulées précédemment pour l'autorisation de construire, le mécanisme mis en œuvre étant le même.

« La condition suspensive sera réputée réalisée dans l'un des cas suivants :

- obtention d'une autorisation au niveau de la CDAC, définitive par suite de l'absence de recours dans le délai légal, ou de rejet du recours éventuellement formé ;*
- obtention d'une autorisation au plan national.*

La condition suspensive devra être réalisée dans un délai maximal de ... mois à compter de ce jour ».

Après avoir traité des conditions suspensives afférentes aux autorisations des construire et d'exploiter, il nous faut à présent analyser celles portant sur le risque environnemental inhérent à la vente.

II : Des conditions suspensives portant sur le risque environnemental

605. Les conditions suspensives permettant de se prémunir contre une éventuelle pollution du sol et de maîtriser le coût des fondations en cas d'édification d'un immeuble — Les conditions suspensives relatives aux sondages sont très importantes et devraient être systématiquement stipulées dans le corps de la promesse, à tout le moins dans son volet portant sur la possible pollution du sol du terrain d'emprise de l'immeuble. Dans une logique de maîtrise du risque, l'acquéreur devrait appréhender la possibilité que l'immeuble (dont il s'apprête à faire l'acquisition) puisse présenter ce type de désordre. En effet, une telle clause trouve tout son sens dès lors que nous avons pu démontrer d'une part que la réparation de tels désordres postérieurement à la cession était difficile à mettre en œuvre et présupposait d'aller rechercher, en dehors de cas spécifique, la responsabilité de l'exploitant responsable d'une éventuelle pollution due à l'exploitation d'une ICPE au détriment de celle du vendeur ; et d'autre part, les coûts de travaux de remise en l'état sont souvent prohibitifs et auraient pour conséquence financière de fausser le modèle d'acquisition préalablement établi. La condition suspensive inhérente aux normes environnementales aura alors pour objet de conditionner la formation de la vente à l'absence de pollution du site. En effet, lors de la data-room, le candidat-acquéreur a souvent pu juger de la pollution éventuelle du site d'implantation de l'immeuble commercial sur la base des documents qui lui ont été fournis. Il n'aura donc pas entrepris d'étude des sols ou de sondage avant de s'assurer d'avoir été retenu. Par conséquent, il se doit d'utiliser la période précédant la réitération en la forme authentique pour effectuer de véritables sondages du sol aux résultats desquels il entend conditionner la vente (**A**). Un autre cas de figure doit être ici envisagé : il s'agit toujours de suspendre la formation de la vente à la réalisation d'un sondage, mais celui-ci aura pour but de déterminer la qualité du terrain du terrain dont l'acquisition est projetée, ainsi que la possibilité d'y édifier une construction sans avoir à effectuer de travaux au regard de la nature du sol (**B**).

A : La condition suspensive relative aux travaux de dépollution du site

606. L'intérêt pour l'acquéreur de maîtriser les risques tenant en une éventuelle dépollution du terrain — Cette clause attachée à l'analyse du respect par le vendeur des normes environnementales est très proche de celle afférente aux sondages destinés à apprécier les coûts des fondations. Son but est néanmoins différent : est ici en cause la détection de

pollutions éventuelles qui au regard de la législation applicable entraîneraient des travaux de remise en l'état ou de mise en conformité, du fait notamment de l'exploitation sur le site d'une installation classée. Nous avons pu traiter précédemment de la pollution du sol et de ses conséquences en matière d'exploitation d'une ICPE. Nous avons pu ainsi déterminer que la remise en l'état du terrain incombe essentiellement à l'exploitant, dont l'acquéreur devra nécessairement rechercher la responsabilité. Partant, dans une logique purement économique, l'acquéreur aura tout intérêt à stipuler à son profit une condition suspensive retardant la formation de la vente à l'analyse du niveau de pollution du sol, plutôt que de voir l'équilibre de son projet d'investissement réduit à néant par l'achat d'un site dont le sol est pollué. Il est beaucoup plus intéressant pour lui de prendre à sa charge une campagne de sondage et d'en supporter les coûts afin de s'aménager une possibilité de sortir des liens de la promesse, plutôt que d'être obligé d'acquiescer un site ne lui permettant pas de réaliser le projet en considération de son modèle économique d'acquisition qui n'a pas pris en compte les coûts de la dépollution. Nous proposerons donc à l'acquéreur d'insérer dans la promesse de vente la clause suivante :

« La présente vente est consentie et acceptée sous la condition suspensive que les prélèvements et analyses du sol, du sous-sol et de la nappe phréatique ne révèlent pas la présence d'une pollution ou contamination quelconque susceptible de nécessiter des actions correctives de mise en conformité ou de remise en état, ou d'engager la responsabilité d'un tiers quelconque, pour un montant supérieur à ... €. L'acquéreur devra procéder aux opérations dans un délai maximum de ... semaines à compter de ce jour. La condition suspensive sera considérée comme réalisée dans l'une des hypothèses suivantes :

- si, dans un délai égal au double de celui-ci dessus prévu pour l'obligation de procéder aux vérifications, l'acquéreur n'a pas fait connaître au vendeur, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, que les résultats des analyses réalisées rendaient nécessaires des travaux de remise en état ou de mise en conformité avec la réglementation ;*
- si les opérations de vérification révèlent la nécessité de travaux de remise en état ou de mise en conformité exceptionnelles, dont le coût prévisionnel, établi par un homme de l'art, excède la somme de ... € ».*

B : La condition suspensive relative aux coût des fondations

607. L'intérêt de conditionner la formation de la vente à un sondage préalable pour estimer le coût des fondations — Cette clause n'a d'intérêt que lorsque la vente

envisagée porte sur un terrain à construire que le bénéficiaire de la promesse souhaite acquérir en vue d'y édifier un immeuble à destination commerciale. L'économie de son projet repose alors sur le rapport entre les coûts de construction prévisionnels qu'il a pu anticiper et le rendement futur qu'il escompte de l'immeuble par la perception des loyers. En sus des conditions suspensives portant sur les autorisations de construire et d'exploiter garantissant en principe, lorsqu'elles sont levées, la pérennité des flux de loyer, il existera encore un risque économique portant sur une mauvaise appréciation des coûts de construction, lequel pourra également être traité par une condition. En effet, lors de l'audit qu'il a effectué en data-room, l'acquéreur peut ne pas avoir eu suffisamment d'informations pour analyser ces coûts de construction et notamment celui des fondations. Sans rentrer dans le détail de l'identification des différents postes de charges correspondants à la réalisation d'un immeuble commercial, une erreur sur la technique à mettre en œuvre pour réaliser les fondations de l'immeuble pourrait remettre en cause toute l'économie du projet. Par exemple, si la terre du terrain à construire est trop meuble et qu'il est nécessaire d'aller chercher un sol dur à plusieurs dizaines de mètres de profondeur par l'emploi de pieux ou de micropieux forés, alors le coût de construction peut être sans commune mesure avec le bénéfice financier escompté et s'opposer à la réalisation du projet⁶²⁶. Pour éviter ce type de déconvenue, il est préférable pour l'acquéreur de conditionner la formation de la vente aux résultats de sondages qu'il réalisera à ses frais avant la réitération de l'acte en la forme authentique.

608. La rédaction de la clause suspensive portant sur la réalisation d'un sondage en vue d'anticiper la réalisation des fondations — L'anticipation du risque de construction par l'acquéreur pourra se traduire par une clause conditionnant la réalisation de la vente à l'emploi des techniques usuelles de réalisation des fondations. Partant, dès lors que les sondages viendraient à révéler qu'il faut réaliser des fondations ne correspondant pas à une situation normale ou usuelle en la matière, l'acquéreur se retrouverait délié de la promesse et ne serait pas obligé de devenir le propriétaire d'un terrain à construire et condamné en raison d'un coût prohibitif de construction. Cependant, la rédaction d'une telle clause doit être tempérée pour éviter d'être une porte de sortie un peu trop facile à franchir pour l'acquéreur. S'il lui suffisait d'invoquer que le coût des fondations ne correspond pas à ce qu'il avait

⁶²⁶ En règle générale, le coût de construction des fondations représente 5 % du montant total de l'opération. L'utilisation de pieux forés ou la pose d'un radier peut faire monter celui-ci jusqu'à 15 %

anticipé, il ne supporterait aucun risque d'investissement et cette situation serait de nature préjudiciable pour le vendeur. Cette clause devra donc nécessairement comprendre un montant sur lequel les parties se seront préalablement entendues. Cette prévision contractuelle pourrait être rédigée comme suit :

« La présente vente est consentie et acceptée sous la condition suspensive que les sondages qui seront réalisés par l'acquéreur, à ses frais et sous sa responsabilité ne révèlent pas la nécessité de fondations autres que des fondations normales réalisables à des coûts normaux, en fonction du projet de l'acquéreur, tel que défini au paragraphe relatif à la condition suspensive d'obtention du permis de construire. L'acquéreur est, d'ores et déjà, autorisé à effectuer, ou à faire effectuer par toute entreprise spécialisée, les sondages nécessaires à la future implantation des constructions projetées ».

Il conviendra par la suite de prévoir les modalités dans lesquelles la condition est réputée être réalisée ou à défailli.

« La condition suspensive relative aux sondages sera considérée comme réalisée dans l'une des hypothèses suivantes :

- si, l'acquéreur n'a pas fait connaître au vendeur, par lettre recommandée avec demande de l'avis de réception, dans un délai raisonnable, que les résultats du sondage réalisé rendent nécessaires des fondations exceptionnelles ;*
- si le sondage révèle la nécessité de fondations exceptionnelles, dont le coût prévisionnel, établi par un homme de l'art, excède la somme de ... euros par mètre carré de terrain ».*

Conclusion du Chapitre 2 :

La promesse synallagmatique de vente

609. Le régime juridique de la promesse et la stipulation de conditions suspensives — La promesse synallagmatique de vente dispose d'un régime juridique qui lui est propre en considération de l'autonomie dont elle jouit au regard de la vente définitive. Quand les parties y ont recours lors de la procédure de data-room, leurs obligations portent sur la réitération de la vente par acte notarié. Son manquement se traduit par l'exécution forcée de la promesse. Ainsi, la logique de sécurisation du rapport contractuel dans laquelle elle s'inscrit est-elle pleinement atteinte : toutes deux sont engagées dans le rapport contractuel, par opposition à la promesse unilatérale qui présuppose que l'acquéreur exerce son droit d'option. Corrélativement, le risque juridique encouru par les parties est particulièrement élevé au regard de la sanction de l'inexécution. C'est pourquoi les parties souhaiteront souvent y apporter un tempérament afin d'éviter un résultat qui pourrait leur être défavorable, dès lors qu'elles seraient tenues respectivement de vendre et d'acquérir.

Particulièrement risquée, la situation du promettant-acquéreur illustre cet état de fait. Il ne dispose que d'une marge de manœuvre très limitée pour se délier de la promesse et pourra être contraint d'acquérir, sauf à démontrer l'éventuelle novation de la situation contractuelle dont nous avons pu illustrer la difficulté. Partant, l'introduction de conditions suspensives semble être un remède satisfaisant à cette situation. La formation de la vente est ainsi suspendue à la levée de ces conditions qui matérialisent pour chacune un facteur de risque opérationnel que ne souhaitera pas assumer l'acquéreur, et qui sont autant d'échappatoires lui permettant d'être délié de ses obligations. En tout état de cause, ces conditions sont le plus souvent stipulées au bénéfice de l'acquéreur qui prendra le risque d'investissement et qui seront de nature à lui permettre de ne pas acquérir l'immeuble dans les conditions économiques autres que celles prévues dans son modèle d'acquisition.

Conclusion du Titre 1 :

Les promesses de vente

610. La promesse de vente s'inscrit dans la logique de maîtrise du risque qui explique que les parties y ont recours — Aucune disposition légale n'impose aux parties de recourir à une promesse de vente lors de la procédure de data-room. Ainsi, celles-ci peuvent-elles s'en dispenser et conclure directement la vente définitive. Pourtant, force est de constater qu'elles y auront toujours recours pour formaliser les négociations qu'elles ont entreprises jusqu'alors. Cette situation peut paraître paradoxale de prime abord. En effet, les parties choisissent délibérément de se soumettre au régime de ces conventions qui sont pour elles un nouveau facteur de risque juridique, dès lors qu'elles peuvent engager leur responsabilité contractuelle sur leur fondement. Pour expliquer ce véritable plébiscite de la promesse, il convient de se reporter à la volonté des parties lors de la procédure de data-room. Celles-ci souhaitent s'engager dans un rapport contractuel de façon à s'assurer que leur partenaire ne sera pas défaillant à ce stade de la procédure. Les conséquences d'un refus de réitération de la vente par acte notarié sont lourdes de conséquences tant pour le vendeur qui devra recommencer une nouvelle procédure de data-room (mais cette fois-ci en présentant un actif surexposé avec les conséquences sur sa valeur que cet état de fait induit), que pour l'acquéreur qui aura déjà engagé une somme conséquente en frais d'audit. Néanmoins, elles ne souhaiteront pas non plus s'engager trop précipitamment et préféreront s'accorder un temps de réflexion supplémentaire pour être sûres de maîtriser tous les risques inhérents à l'opération contractuelle qu'elles projettent. C'est ainsi que la promesse de vente permet de faire cette péréquation consistant à s'assurer de la non défaillance de son partenaire, tout en s'assurant qu'aucun événement de nature à minorer la valeur de l'immeuble ou à compromettre la vente ne surviendra. Le consentement des parties ne sera donné et la vente formée qu'une fois ces facteurs de risques (traduits juridiquement par autant de conditions suspensives dans la promesse synallagmatique et par le délai d'option dans la promesse unilatérale) maîtrisés.

La promesse synallagmatique répond mieux à cette exigence que la promesse unilatérale de vente, puisque les deux parties se seront engagées l'une envers l'autre à conclure la vente dès sa signature. Elles se trouvent sur un pied d'égalité, par opposition à la promesse unilatérale qui conditionnera la réalisation de la vente à la seule volonté de l'acquéreur. De cette égalité procède nécessairement une négociation accrue, portant sur le

contenu des conditions suspensives dont la traduction juridique pourrait être la suivante : dès lors qu'un risque juridique, économique, environnemental, technique, fiscal ou autre a été identifié, qui de l'acquéreur ou du vendeur le prendra à sa charge ? La procédure de data-room étant purement conventionnelle, la réponse à cette question ne peut être que tributaire du rapport de force existant entre les parties au moment de la rédaction de la promesse.

Titre 2 : L'acte de vente

611. L'acte de vente et la prévision du risque pour le futur — Pour les parties, la signature de l'acte de vente ne signifie pas la disparition complète du risque tant juridique qu'opérationnel. En effet, l'acheteur s'est porté acquéreur de l'immeuble sur la base d'un modèle économique d'acquisition. L'immeuble commercial étant voué à être exploité, il est censé lui permettre de percevoir un revenu qu'il aura anticipé lors de la phase de valorisation effectuée sur la base de la data-room. Dès lors que ce dernier ne serait pas conforme à ses prévisions, il n'est pas question de reporter systématiquement la faute sur le vendeur. Investir comporte des risques en soi, et celui de ne pas réaliser les profits escomptés n'en n'est pas le moindre. Cependant, cette espérance de profit peut avoir résulté d'une erreur d'appréciation, que celle-ci ait été spontanée ou provoquée, et dont la sanction sur le fondement des vices du consentement pourra être la nullité de la vente. Ainsi, le premier écueil auquel sont confrontées les parties postérieurement à la conclusion de la vente tient-il en un possible anéantissement de l'acte soit sur la base de l'erreur en tant que vice du consentement ; soit sur celui du dol et plus spécifiquement de la réticence dolosive à laquelle se prête assez bien la procédure de data-room. En effet, celle-ci repose sur le principe de transparence du vendeur et sur sa bonne foi. Néanmoins, il peut être tentant pour celui-ci d'omettre volontairement certains éléments de nature à obérer la valorisation de l'immeuble.

De surcroît, le vendeur sera tenu à un ensemble de garanties qui représenteront autant de risques pour lui d'être appelé à l'avenir à prendre en charge certaines malfaçons ou déconvenues dont pourra être victime l'acquéreur. Certaines de ces garanties pourront faire l'objet d'aménagements contractuels tandis que d'autres pourront être éludées ou limitées. En tout état de cause, l'acte de vente fera l'objet de négociations entre les parties, lesquelles chercheront à obtenir de la part de l'autre la garantie pour l'avenir de ne pas prendre à sa charge la perte de valeur de l'immeuble. Cela se comprend aisément : en sa qualité d'ancien propriétaire, le vendeur n'aura plus aucun intérêt à intervenir sur l'immeuble car cela représenterait pour lui autant de coûts dont il ne pourrait tirer aucun bénéfice. Alors que l'acquéreur souhaitera au contraire mettre à sa charge le risque de dégradation de sa valeur. Dès lors que la résolution de la vente pourra être prononcée au titre de ces garanties, il convient de les aborder comme matérialisant le deuxième écueil susceptible d'anéantir l'opération contractuelle. À notre sens, il conviendra de traiter ces deux éléments au regard de

l'acte de vente que nous analyserons en tant que siège de la maîtrise de ce risque de nullité. Effectivement, il offre des remèdes aux parties pour tenter de limiter tant le champ d'application de la responsabilité civile délictuelle que les effets des différentes garanties. Partant, Il nous appartiendra de présenter d'une part les risques de nullité de la vente sur le fondement des vices du consentement, ainsi que les potentiels aménagements contractuels qui peuvent y être apportés par l'acte de vente (**Chapitre 1**). Puis, dans le même sens, il nous appartiendra de présenter les garanties afférentes à la vente d'immeuble et d'apprécier dans quelles circonstances et selon quelles modalités celles-ci peuvent être aménagées par les parties afin de limiter le risque de nullité (**Chapitre 2**).

Chapitre 1 : Le risque tenant à la nullité de la vente sur le fondement des vices du consentement

612. Les risques d'erreur et la nullité du contrat de vente — Il est de l'essence même du contrat de vente de constater un équilibre entre les obligations du vendeur et celles de l'acquéreur. Pour que celui-ci soit réel, il est nécessaire que leurs engagements soient le résultat d'une négociation claire, dépourvue d'ambiguïté et d'opacité. Ainsi, apparaît-il, à la lumière de la jurisprudence en matière de vente d'immeuble, qu'il pèse sur le vendeur une obligation d'information. Celle-ci lui impose de délivrer toute information en sa possession qui serait susceptible d'avoir une incidence sur le consentement de l'acquéreur, ce dernier n'étant tenu qu'à une simple obligation de vigilance. Cependant, cette obligation d'information voit son champ se réduire entre professionnels dès lors que pèse sur l'acquéreur une obligation de connaissance. La vente d'un immeuble suppose que l'acquéreur puisse se convaincre des qualités et des défauts de la chose vendue. La notion de qualité que nous aborderons dans les développements à venir vise les qualités de l'immeuble telles que l'acquéreur pourra les connaître et non celles, plus subjectives, qu'il pourrait attendre. Les défauts pourront porter tant sur des éléments essentiels qu'accessoires. Dès lors que l'acquéreur n'aura pu se convaincre des défauts et qualités réels de l'immeuble, il pourra soutenir que son consentement aura été vicié.

Ainsi, nous appartiendra-t-il de traiter dans le présent développement du risque d'erreur en opérant une distinction entre l'erreur spontanée d'une part et l'erreur provoquée d'autre part. La première de ces deux notions renvoie à l'erreur portant sur les qualités substantielles de l'immeuble, erreur que les tribunaux refuseront de sanctionner chaque fois qu'elle aura pour origine un vice caché de la chose vendue (**Section 1**) *a contrario* de qu'erreur provoquée qui sera sanctionnée sur le fondement du dol (**Section 2**).

Section 1 : L'erreur spontanée

613. L'erreur spontanée et ses remèdes — M. Farjat⁶²⁷ définit l'erreur comme étant « *une représentation inexacte de la réalité contractuelle* » sanctionnée en droit par la nullité de la convention ou l'octroi à l'errans de dommages et intérêts. Elle est prévue par l'alinéa premier de l'article 1110 du Code civil⁶²⁸, qui prévoit une nullité rétroactive dans un délai de cinq ans à compter de la découverte de l'erreur ayant pour résultante de vicier le consentement de l'une des parties. Elle s'apprécie soit en considération des qualités normales que doit nécessairement présenter l'immeuble pour une destination normale, soit en fonction de ses qualités propres à satisfaire un projet introduit dans le champ contractuel. Le législateur ne réserve l'action en nullité pour erreur sur l'objet qu'aux seuls cas d'erreur portant sur les qualités substantielles de la chose vendue. Il nous faudra donc définir dans un premier temps la notion d'erreur sur la substance et en apprécier le régime (§1), pour voir ensuite quels « remèdes » proposer aux parties en vue de maîtriser ce risque de nullité lors de la rédaction du contrat (§2).

§ 1 : Le champ d'application de l'erreur sur les qualités substantielles

614. L'objet de l'erreur et son régime — Dès lors que le vendeur n'avait pas connaissance du vice portant sur une qualité substantielle de la chose vendue, l'erreur en tant que vice du consentement peut affecter la vente. De ce fait, elle pourra induire le risque pour les parties de voir celle-ci frappée de nullité. La maîtrise de ce risque passe nécessairement par la compréhension des mécanismes de l'erreur, ce qui présuppose de définir la notion d'erreur sur la substance (I), puis d'en apprécier par la suite le régime (II).

⁶²⁷ G. FARJAT, *Droit privé de l'économie, t.2, Théorie des obligations*, PUF, Paris, 1975, p. 141.

⁶²⁸ L'alinéa premier de l'article 1110 du Code civil dispose : « *L'erreur n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet* ».

I : L'objet de l'erreur : la notion de « substance »

615. La notion de substance — Lorsque le vendeur entend obtenir la réparation de l'erreur, il faut nécessairement que celle-ci porte les qualités propres de la chose vendue ou son impropreté à satisfaire l'usage pour lequel elle a été acquise. Ainsi, lors de la vente de l'immeuble, l'action en nullité ne pourra-t-elle prospérer que si l'erreur porte sur une de ses qualités substantielles telle que définie par l'article 1110 du Code civil. L'erreur sur la substance y est évoquée dans une formulation suffisamment vague pour qu'elle puisse être traitée comme une catégorie ouverte, susceptible d'accueillir toute action contre une erreur méritant d'être sanctionnée. L'analyse de la jurisprudence illustre cette tendance tant par l'appréciation subjective qu'elle adopte de cette notion, que par l'appréciation concrète qu'elle en fait. Il nous faudra donc définir la notion de « substance » (A), puis analyser comment celle-ci est appréciée par les tribunaux en pratique (B). En dernier lieu, dès lors qu'il ressort de la notion de substance qu'il n'est pas nécessaire que l'immeuble soit affecté d'un vice pour que l'erreur se produise, il nous faudra envisager l'hypothèse où un tel vice viendrait à exister, ainsi que la problématique du concours d'action entre l'erreur comme vice du consentement et la garantie des vices cachés qui en résulterait (C).

A : La notion de substance

616. Les conditions de l'article 1110 du Code civil et l'erreur sur la substance — Au regard de l'alinéa premier de l'article 1110, l'erreur semble viser la substance même de la chose qui est l'objet du contrat. Partant, la sanction d'un tel vice du consentement présupposerait que soit réunis une double série de conditions : d'une part une méprise ayant pour objet une chose matérielle, d'autre part que ladite erreur porte sur la matière dont est faite la chose. Cependant, il apparaît qu'aucune de ces deux conditions n'est exigée en droit positif. En effet, la nullité de la vente peut être invoquée alors que l'erreur ne porte pas sur une chose matérielle, puisque les tribunaux assimilent à la substance de la chose la substance de la prestation⁶²⁹ ou de l'engagement⁶³⁰. Ce qui est sanctionnée est donc l'erreur substantielle,

⁶²⁹ Voir en ce sens : Cass. com., 14 janvier 1969, *D.* 1970, p. 458. Pour le cas d'une erreur portant sur l'unité monétaire du contrat.

considérée en elle-même indépendamment de son objet. Cet état de fait emporte plusieurs conséquences. Tout d'abord, il importe peu que la méprise porte sur une chose, un bien incorporel, ou sur un droit que l'*errans* pensait tenir du contrat. D'autre part, il est indifférent que l'objet du contrat soit une chose corporelle dès lors que l'article 1110 du Code civil s'applique à toute convention quels qu'en soient la nature et l'objet. De surcroît, la nullité peut être invoquée quand bien même l'erreur relative à une chose porterait non sur la matière mais sur une qualité de celle-ci.

617. Le droit positif plébiscite l'appréciation subjective de la notion de substance — La notion de substance est susceptible de deux acceptions. La première est objective et se réfère à la matière de chose. La seconde est subjective et porte sur la qualité de celle-ci. La conception objective renvoie au droit romain et à l'*error in substantia* qui désignait l'erreur commise sur la matière de la chose. La conception subjective voit dans la substance non pas la matière de la chose mais les qualités essentielles de celle-ci que les parties ou l'une d'elles ont eues principalement en vue en contractant. La conception subjective l'a emporté en droit positif. De surcroît, l'erreur sur la substance trouve à s'appliquer en jurisprudence en l'absence de chose au sens stricte. Dès lors, les qualités et les circonstances susceptibles d'être qualifiées de substantielles peuvent être classées en trois catégories distinctes. Il s'agira parfois de certaines caractéristiques d'une chose (1), parfois de qualités liées à l'utilité de la chose (2) et enfin d'éléments d'un engagement (3). Nous illustrerons chacune de ces trois catégories à travers un ensemble de cas d'espèce portant sur la vente d'un immeuble de façon à pouvoir étudier le champ d'application de l'erreur appréciée au regard de la procédure de data-room.

I : Des caractéristiques de la chose

618. Quelques exemples d'erreurs portant sur les caractéristiques de la chose – L'erreur sur les qualités substantielles de la chose peut porter sur ses qualités essentielles. Ainsi est-il possible de voir une telle qualité dans la surface du terrain⁶³¹, dans la rentabilité de

⁶³⁰ Voir en ce sens : Cass. 1^{ère} civ., 25 mai 1964, *Bull. civ.* 1964, I, n° 269. Pour le cas d'une erreur portant sur les effets du cautionnement.

⁶³¹ Voir en ce sens : Cass. civ., 13 janvier 1926 : *S* 1926, I, p. 119 ; Cas. 1^{ère} civ., 15 décembre 1981, *D.* 1982, p. 164.

l'immeuble acheté⁶³² ou bien encore dans l'absence de conformité du bien vendu aux règles d'urbanisme⁶³³.

2 : De l'utilité de la chose

619. Quelques exemples des cas d'erreur portant sur l'aptitude de la chose à remplir l'usage auquel on la destine — Dans un certain nombre de cas, l'erreur doit porter sur l'aptitude de la chose à remplir l'usage auquel on la destine. Il s'agit alors d'une erreur indirecte sur l'objet dont l'admission en tant que cause de nullité est appréciée au regard du but poursuivi, à savoir un élément psychologique extérieur à la chose. Ce but n'étant considéré qu'à travers les insuffisances inhérentes à la chose, l'erreur porte bien sur la substance et non sur les motifs. La prise en considération de ce type de qualité par la jurisprudence est susceptible d'entraîner la nullité de la vente dès lors qu'elles seront considérées comme substantielles. Ainsi, en matière d'immeuble a-t-il été retenu que l'absence de constructibilité d'un terrain était une source d'erreur⁶³⁴, de même que l'impropriété du terrain à la construction⁶³⁵, son inaptitude à la destination prévue⁶³⁶ ou encore l'existence de risque divers affectant la jouissance ou la disponibilité de l'immeuble⁶³⁷.

3 : Des éléments de l'engagement

620. Les différents types d'erreur portant sur un des éléments de l'engagement — La jurisprudence a admis que constitue une erreur sur la substance toute méprise inhérente

⁶³² Voir en ce sens : TGI Fontainebleau, 9 décembre 1970, *D.* 1972, p. 89, note J. Ghestin ; *RTD civ* 1972, p. 386, obs. Y. Loussouarn. Pour l'exemple de loyers trimestriels inexactement considérés comme des loyers mensuels.

⁶³³ Voir en ce sens : Cass. 3^{ème} civ., 12 mars 2003, *Bull. civ.* 2003, III, n° 63 ; *D.* 2003, p. 2522, note Y.M. Sérinet ; *Defrénois* 2004, n° 37916, p. 516, note B. Gelot.

⁶³⁴ Voir en ce sens : Cass. 1^{ère} civ., 2 mars 1964, *Bull. civ.* 1965, I, n° 122 ; *RTD civ.* 1965, p. 112, obs J. Chevallier.

⁶³⁵ Voir en ce sens : Cass. civ., 23 novembre 1931, *DP.* 1932, I, p. 129, note L. Josserand.

⁶³⁶ Voir en ce sens : Cass ; 3^{ème} civ., 3 janvier 1979, *JCP. G* 1979, IV, p. 82 ; Cass. 3^{ème} civ., 28 octobre 1980, *Gaz. Pal.* 1981, I, p. 104.

⁶³⁷ Voir en ce sens : Cass. 3^{ème} civ., 23 mai 1991, *RTD. civ.* 1992, p. 80. En l'espèce, l'erreur portait sur le risque d'éboulement du terrain sur lequel la maison objet de la vente était construite.

à un « élément substantiel » de l'engagement⁶³⁸. Les tribunaux sanctionnent ainsi des erreurs qui sont par elles-mêmes considérées comme substantielles, indépendamment de leur objet. Il apparaît que la jurisprudence est progressivement passée de l'erreur dont l'objet est la substance, à celle dont la nature est d'être substantielle, sanctionnant ainsi toute sorte de méprise. Classiquement, il est possible de regrouper ce type d'erreur en quatre catégories : l'erreur portant sur la nature de l'engagement, celle portant sur l'objet de l'engagement, celle sur la cause de l'engagement et en dernier lieu celle sur les conditions de cet engagement.

B : L'appréciation in concreto de la notion de « substance »

621. L'erreur sur les qualités substantielles de la chose s'apprécie *in concreto* —

Subjectivement, la notion de substance doit être comprise comme renvoyant aux qualités ou circonstances considérées par l'*errans* comme substantielles. Se pose alors la question de l'appréciation de ce caractère et notamment de son appréciation *in abstracto* ou *in concreto*. Alors que la première de ces deux notions renvoie à l'appréciation commune, la seconde nécessite de prendre en compte la psychologie de l'*errans*. En droit français, le principe qui prédomine est celui de l'appréciation *in concreto*. Partant, ce qui importe est l'état d'esprit de la victime de l'erreur et non celui d'un individu standard placé dans les mêmes circonstances. La recherche de l'erreur devra donc être conduite en considération de ses seules intentions. Pour que la vente puisse être annulée, les juges du fond qui disposent alors d'un pouvoir souverain en la matière. Il est impératif que la qualité sur laquelle porte l'erreur ait été jugée substantielle par la victime. La Cour de cassation pose en effet le principe selon lequel « *il appartient à l'acheteur, arguant de son erreur, d'établir le caractère pour lui substantiel des qualités qu'il n'a pas trouvées dans l'objet acheté* »⁶³⁹.

⁶³⁸ Voir en ce sens : Cass. 3^{ème} civ., 29 novembre 1978, *JCP. G* 1979, IV, p. 46 ; Cass. 1^{ère} civ., 5 février 1986, *Bull. civ.* 1986, I, n° 40. Pour des exemples d'admission par la Cour de l'erreur substantielle portant sur un élément essentiel de l'engagement.

⁶³⁹ Cass. 1^{ère} civ., 26 janvier 1972, *JCP. G* 1972, II, 17065 ; *D.* 1972, p. 517.

C : L'hypothèse de la qualification d'erreur sur la substance en présence d'un vice affectant l'immeuble

622. Le refus par la jurisprudence du cumul de l'action en nullité fondée sur l'erreur et de la garantie de vices cachés —La problématique posée par le cumul d'action est la suivante : l'acquéreur qui viendrait à découvrir un vice affectant l'immeuble postérieurement à conclusion de la vente définitive peut-il introduire une action en nullité de la vente sur le fondement de l'erreur ? Ou au contraire doit-il agir sur le terrain de la garantie des vices cachés ? L'intérêt pour le demandeur de choisir l'une ou l'autre de ces deux actions se comprend au regard des délais de recours qui y sont attachés. Alors que l'erreur en tant que vice du consentement se prescrit par cinq ans à compter de sa découverte, l'action en garantie des vices cachés se prescrit par trente ans à compter de la signature de l'acte, l'action devant toutefois être introduite dans un bref délai à compter de la découverte du vice. Se pose alors la délicate question du cumul de ces deux actions dès lors que l'existence d'un vice caché renvoie également à une situation caractérisant une erreur sur la substance. La jurisprudence est constante en la matière : elle refuse catégoriquement le cumul. Ainsi, par un arrêt en date du 14 mai 1996⁶⁴⁰, la Cour de cassation a-t-elle retenu que « *l'unique fondement de l'action exercée pour défaut de la chose vendue la rendant impropre à sa destination* » était la garantie des vices cachés. Cette solution a été par la suite confirmée par un arrêt de la troisième chambre civile en date du 7 juin 2000⁶⁴¹. De plus, dans un arrêt en date du 12 juillet 2001⁶⁴², la haute juridiction invite les Cours d'appel à relever d'office la responsabilité au titre de la garantie des vices cachés quand l'action introduite par l'acquéreur sur le fondement de l'action en nullité sur les qualités substantielles de la chose n'est pas recevable. Cette règle de non cumul n'est pas absolue. En effet, l'exclusivité de l'action sur la garantie des vices cachés présuppose que l'erreur invoquée soit fondée sur l'existence d'un vice qui permette l'action sur le terrain de la garantie des vices cachés. Dans le cas contraire, l'action en nullité restera ouverte.

⁶⁴⁰ Cass. 1^{ère} civ., 14 mai 1996, *JCP. G* 1997, I, n° 4009 ; *D.* 1998, p. 305.

⁶⁴¹ Cass. 3^{ème} civ., 7 juin 2000, *D.* 2002, p. 1002.

⁶⁴² Cass. 1^{ère} civ., 12 juillet 2001, *D.* 2002, p. 1002.

II : Le régime de l'erreur sur les qualités substantielles de l'immeuble

623. De la preuve de l'erreur et de sa sanction - L'analyse du régime de l'erreur nécessitera dans un premier temps de déterminer comment l'erreur doit être prouvée (**A**) avant d'en apprécier par la suite la sanction (**B**).

A : La preuve de l'erreur

624. L'objet, les moyens et la date d'appréciation de la preuve — La charge de la preuve de l'erreur pèse sur l'*errans* qui demande la nullité de la convention. L'objet de la preuve consiste à démontrer en premier lieu la réalité de son erreur. Il devra ainsi prouver que son consentement a été donné en considération d'une certaine croyance et que celle-ci était contraire à la réalité. En second lieu, il lui appartiendra de prouver que l'erreur avait un objet tel que la nullité était encourue, à savoir que l'erreur portait soit sur une qualité substantielle de la chose soit sur la personne de son cocontractant. En dernier lieu, il devra établir le caractère déterminant de son erreur. Au regard de la jurisprudence actuelle, il ne semble pas qu'il appartienne au demandeur de démontrer en outre le caractère excusable de l'erreur qu'il a commise. Les modes de preuve sont libres en matière d'erreur, dès lors qu'il s'agit d'un fait juridique qui peut être établi par tous moyens. Les juges du fond disposent d'un pouvoir souverain pour apprécier tant le caractère déterminant de l'erreur que le caractère substantiel de la qualité de la chose. L'appréciation de l'erreur se fait alors à la date de conclusion du contrat. Cette règle interdit de tenir compte d'éléments qui lui seraient postérieurs et notamment le comportement des parties. Peu importe alors que le demandeur ait tenté de revendre la chose par la suite⁶⁴³. Dans le même sens, les tribunaux écartent en la matière l'effet rétroactif qui est traditionnellement attaché aux décisions juridictionnelles déclaratives. L'erreur s'apprécie donc au regard de la situation juridique existante à la date de la convention et non telle qu'elle a pu être modifiée rétroactivement par un revirement ou une annulation survenus postérieurement. En revanche, cette règle ne s'oppose pas à l'utilisation d'éléments d'appréciation apparus après la conclusion de la convention⁶⁴⁴ à titre de preuve de l'erreur

⁶⁴³ Voir en ce sens : Cass. 1^{ère} civ., 26 octobre 1983, *Bull. civ.* 1983, I, n° 249 ; *Deffrénois* 1984, art. 33368, p. 1013, note J-L. Aubert.

⁶⁴⁴ Voir en ce sens : Cass. 1^{ère} civ. 13 décembre 1983, *D.* 1984, p. 341, note J-L. Aubert.

commise en tant que contractant. Cependant, force est de constater que solution devenue aujourd'hui classique n'est pas sans danger. En autorisant le fondement de l'annulation sur une application rétroactive des connaissances nouvelles, elle pourrait constituer une sérieuse menace pour la stabilité contractuelle comme le relève M. Couturier⁶⁴⁵.

B : La sanction de l'erreur

625. La sanction de l'erreur : la nullité de la vente et l'éventuel versement de dommages et intérêts — En tant que vice du consentement, l'erreur entraîne la nullité relative de la vente (1). De plus, il est possible qu'une telle sanction s'accompagne du versement de dommages et intérêts dans des conditions qu'il nous faudra déterminer (2).

1 : La nullité relative de la vente

626. La nullité relative de la vente et ses conséquences — Normalement, la sanction de l'erreur réside dans l'annulation de l'acte. Elle ne peut être prononcée par les tribunaux que lorsqu'elle est demandée par l'une des parties. Cependant, les juges du fond tiennent le pouvoir de requalifier la demande de l'alinéa 2 de l'article 12 du Nouveau Code de procédure civile⁶⁴⁶. Ainsi, sans modifier l'objet du litige, peuvent-ils prononcer l'annulation d'une vente sur le fondement de l'erreur alors que la demande ne portait que sur une action en résiliation pour défaut de conformité⁶⁴⁷. Il s'agit en principe d'une nullité relative avec les trois conséquences qui en résultent quant à l'action en nullité : d'une part, la demande ne peut être formée que par la partie dont le consentement a été vicié ou par ses héritiers ; d'autre part, le contrat est susceptible de confirmation ; enfin, l'action se prescrit par cinq ans à compter du jour où l'erreur a cessé au regard des dispositions des alinéas 1 et 2 de l'article 1304 du Code

⁶⁴⁵ Voir en ce sens : J-P. COUTURIER, « La résistible ascension du doute. Quelques réflexions sur l'affaire Poussin », *D.* 1989, chron. P. 25 ; *RTD civ.* 1989, p. 295.

⁶⁴⁶ L'alinéa 2 de l'article 12 du Nouveau Code de procédure civile dispose : « *Il doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée* ».

⁶⁴⁷ Voir en ce sens : Cass. 1^{ère} civ., 3 mai 2000, *Juris-Data* n° 2000-001711.

civil⁶⁴⁸. Le point de départ du délai est en principe le jour où l'*errans* a effectivement pris conscience de son erreur et non le jour où il aurait pu la soupçonner⁶⁴⁹.

627. Les atténuations au principe de la nullité relative – Le principe de la nullité relative comporte deux sortes de tempéraments. En premier lieu, à la nullité relative est parfois substituée une nullité absolue. Tel sera le cas à chaque fois que les tribunaux feront appel à la théorie de l'erreur obstacle⁶⁵⁰ et spécialement dans les cas d'espèce où l'annulation sera prononcée pour absence de cause ou fausse cause, sur le fondement de l'article 1131 du Code civil⁶⁵¹. En second lieu, l'annulation totale est parfois remplacée par une annulation partielle limitée à la clause accessoire sur laquelle l'erreur a influé, ou même par une simple modification des conditions du contrat rétablissant l'équilibre rompu par l'erreur⁶⁵².

2 : La réparation du préjudice consécutif à l'erreur

628. L'*errans* peut obtenir des dommages et intérêts en réparation du préjudice — La réparation peut être mise à la charge d'un tiers qui a manqué à son devoir d'information⁶⁵³, comme par exemple le notaire. Elle peut également être mise à la charge du cocontractant de la victime de l'erreur sans qu'il y ait à distinguer entre l'erreur et le dol⁶⁵⁴. Il s'agit alors d'une responsabilité de nature précontractuelle fondée sur le droit commun des

⁶⁴⁸ Les alinéas 1 et 2 de l'article 1304 du Code civil disposent que « *dans tous les cas où l'action en nullité ou en rescision d'une convention n'est pas limitée à un moindre temps par une loi particulière, cette action dure cinq ans. Ce temps ne court dans le cas de violence que du jour où elle a cessé ; dans le cas d'erreur ou de dol, du jour où ils ont été découverts* ».

⁶⁴⁹ Voir en ce sens : Cass. 1^{ère} civ., 31 mai 1972, *Bull. civ.* 1972, I, n° 142 ; Cass. 3^{ème}, 13 mai 1998, *Juris Data* n° 1998-002247.

⁶⁵⁰ Voir en ce sens : F. TERRE, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 11^{ème} éd., Paris, 2013, p. 312. « *L'erreur obstacle est d'une gravité telle qu'elle fait obstacle à la rencontre même des volontés, elle peut porter sur la nature du contrat ou sur son objet* ».

⁶⁵¹ Voir en ce sens : J. GHESTIN, *op. cit.*

⁶⁵² Voir en ce sens : Cass. civ., 23 juin 1873, *DP.* 1874, I, p. 332.

⁶⁵³ Voir en ce sens : CA Bordeaux, 5 avril 1994, *Juris-Data* n° 1994-042770.

⁶⁵⁴ Voir en ce sens : Cass. 3^{ème} civ., 29 novembre 1968, *Gaz. Pal.* 1969, I, p. 63.

articles 1382⁶⁵⁵ et 1383 du Code civil⁶⁵⁶. Il appartiendra à l'*errans* d'établir d'une part qu'il a subi un préjudice et d'autre part que celui-ci trouve sa source dans une faute commise par l'autre partie⁶⁵⁷, à savoir une méconnaissance même non intentionnelle de son obligation de renseignement. En matière d'erreur comme en matière de dol, les dommages et intérêts peuvent se substituer à l'annulation ou au contraire s'y ajouter⁶⁵⁸. Le cocontractant de l'*errans* qui subit également un préjudice du fait de l'annulation pourra en demander réparation à un tiers fautif durant la procédure de data-room pour manquement à l'efficacité de l'acte dressé⁶⁵⁹ : le notaire, l'expert ou le contrôleur technique⁶⁶⁰ sollicités durant la phase d'audit. Après avoir analysée le régime de l'erreur susceptible d'entraîner la nullité de la vente, il nous faut en apprécier les remèdes.

§ 2 : Les remèdes contre l'erreur lors de la procédure de data-room

629. L'obligation de recherche active de l'acquéreur et les caractères de l'erreur en tant que remèdes envisageables à la nullité de la vente — Nous avons pu constater précédemment que le recours pour erreur sur les qualités substantielles de la chose avait peu de chance de prospérer en tant que vice du consentement du fait de la règle du non-cumul à chaque fois que celui-ci a pour origine un vice affectant l'immeuble. Il n'en reste pas moins que dans toutes les hypothèses où l'erreur porterait sur l'absence d'une qualité essentielle de l'immeuble et non sur un vice, une action en nullité pourrait être introduite. Les dispositions du Code civil relatives à l'erreur étant d'ordre public, aucune disposition ne pourrait être introduite dans l'acte de vente en vue d'en minorer le contenu ou les effets. Seule une clause renforçant cette protection légale pourrait être envisageable. Il est cependant possible pour les parties de cantonner le domaine de l'erreur et de faire ainsi de l'acte de vente

⁶⁵⁵ L'article 1382 du Code civil dispose que « *tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* ».

⁶⁵⁶ L'article 1383 du Code civil dispose que « *chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence* ».

⁶⁵⁷ Voir en ce sens : Cass. 3^{ème} civ., 2 février 2005, *Juris-Data* n° 2005-02828.

⁶⁵⁸ Voir en ce sens : CA Paris, 11 mars 1947, *D.* 1949, p. 168.

⁶⁵⁹ Voir en ce sens : CA Paris, 19 janvier 2004, *Juris-Data*, n° 2004-237500.

⁶⁶⁰ Voir en ce sens : CA Paris, 20 février 2004, *Juris-Data* n° 2004-251445.

un remède à ce risque de nullité de la vente. En effet, par le biais de stipulations contractuelles, les parties pourront contractualiser l'obligation de recherche active de l'acquéreur professionnel de manière à limiter les possibilités d'introduction d'une action en nullité (I). Par ailleurs, pour que l'erreur puisse être reconnue en tant que vice du consentement, elle devra nécessairement présenter un ensemble de caractères dont il nous faudra apprécier la teneur. Nous devons alors envisager les conséquences de la faute de l'acquéreur au regard de l'erreur et voir comment celle-ci est de nature à s'opposer à la nullité de la vente (II).

I : La stipulation de l'obligation de recherche active de l'acquéreur

630. Les effets de l'obligations de recherches active de l'acquéreur professionnel

—L'acquéreur professionnel sera moins protégé par le régime de l'erreur que l'acquéreur profane. En effet, il est mis à sa charge une obligation active de recherche que le contrat de vente devra nécessairement intégrer pour tenter de circonscrire le risque de nullité de la vente sur le fondement de l'erreur sur les qualités substantielles de l'immeuble. Le premier effet de cette recherche active tient à la détection des vices affectant l'immeuble lors de la visite que devra effectuer l'acquéreur : cette obligation devra faire l'objet d'une clause expresse (A). Le deuxième effet tient à l'appréciation du contenu de la data-room que le vendeur lui a transmis. La transparence de l'information communiquée couplée à l'obligation de recherche active et à la qualité de professionnel de l'immobilier de l'acquéreur s'opposent en principe à la démonstration de l'erreur (B). En dernier lieu, en considération de ces éléments, il paraît très compliqué pour l'acquéreur d'agir sur le terrain de l'erreur. Celui-ci aura parfois la possibilité d'essentialiser certaines qualités substantielles de l'immeuble de façon à les ériger en causes de son engagement, il ne s'agit pas de remèdes à l'écueil que matérialise l'erreur, mais plutôt d'une possibilité pour lui de se réapproprier cette action en nullité par stipulation expresse. Nous présenterons succinctement ce mécanisme qui est le fruit des stipulations du vendeur, de nature à limiter le domaine de l'erreur. Nous étudierons également les dangers qu'il comporte (C).

A : L'importance de la visite effective de l'immeuble

631. Les obligations de l'acquéreur professionnel lors de la visite de l'immeuble

— La visite de l'immeuble par l'acquéreur fait toujours l'objet d'une mention dans l'acte de vente. Cette vérification sur place s'impose et il appartient au notaire de l'acquéreur de s'assurer qu'elle a été réalisée par son client. L'acheteur profane, à savoir celui qui ne dispose pas de connaissance particulière en la matière, se doit de visiter l'immeuble en étant vigilant, aucune démarche particulière ne lui est imposée. Ainsi, n'a-t-il pas l'obligation de se faire assister par un professionnel ou par un homme de l'art⁶⁶¹, pas plus qu'il n'a l'obligation de rechercher les défauts de l'immeuble dans ses recoins les plus inaccessibles. Cette vigilance à laquelle l'oblige la jurisprudence est une vigilance normale qui s'apprécie en référence au « bon père de famille ». À ce titre, il doit être doté d'une faculté d'analyse et de discernement commune, poursuivre la visite du bien avec le sérieux nécessaire, demander tous les renseignements qu'il peut juger utiles au vendeur ou encore être diligent au regard de la détection des vices apparent de l'immeuble.

Dans le cadre de la procédure de data-room, l'acquéreur professionnel est beaucoup moins bien traité. En effet, des obligations actives sont mises à sa charge comme celle de se renseigner activement auprès des administrations publiques⁶⁶², de vérifier les qualités et défauts visibles de l'immeuble en l'explorant dans tous ses recoins même les plus inaccessibles, ou encore de détecter certains vices cachés indétectables pour un profane. Le comportement de l'acquéreur professionnel donnera lieu à une appréciation beaucoup plus sévère que pour l'acquéreur profane. Il s'appréciera non pas en référence au « bon père de famille », mais par rapport à des usages professionnels bien plus contraignants.

Dans le cadre d'un acte de vente s'inscrivant dans procédure de data-room, une clause mentionnant la visite de l'acquéreur est toujours stipulée. Nous retiendrons le modèle suivant :

« Le vendeur a organisé des visites de l'immeuble et a répondu aux questions de l'acquéreur qui déclare et reconnaît que, préalablement aux présentes, il a été en mesure, accompagné de ses équipes et conseils extérieurs de visiter attentivement l'immeuble ».

⁶⁶¹ Voir en ce sens : Cass. 3^{ème} civ., 3 mai 1989, *Bull. civ.* 1989, III, n° 101 ; *D.* 1990, p. 117, note O. Tournafond.

⁶⁶² Voir en ces sens : Cass. com., 17 juillet 2001, *D.* 2002, p. 1003, note G. Pignarre.

B : La transparence de la vente en tant que remède à l'erreur

632. Les stipulations afférentes à la transparence de l'information — Au nom de la transparence, principe directeur de la procédure de data-room, le vendeur doit fournir à l'acquéreur une information complète sur l'immeuble. En amont de la vente, le dossier d'information mis à sa disposition a dû lui permettre d'apprécier ses qualités substantielles. En tant que professionnel de l'immobilier, il ne pourra se prévaloir que difficilement d'une erreur de jugement qu'il aurait commise dans l'analyse de cette documentation, *a fortiori* lorsqu'il est assisté par des conseils spécialisés. Nous comprenons alors tout l'intérêt que revêt la notion de transparence pour le vendeur, puisqu'elle est de nature à s'opposer directement à l'action en nullité introduite sur le fondement de l'erreur en tant que vice du consentement. En ce sens, l'acte de vente comportera toujours en annexe le sommaire de la data-room afin de prévenir les contentieux futurs en identifiant le degré de connaissance de l'acquéreur. Pour illustrer nos propos, nous prendrons à titre d'exemple le volet de la data-room portant sur les autorisations de construire ou d'exploiter. Imaginons que ce dossier fasse apparaître une possibilité de retrait du permis de construire. Dès lors que toutes les informations permettant d'identifier ce risque ont été transmises, l'acquéreur ne pourra en aucun cas envisager une potentielle action en nullité de la vente sur le fondement de l'erreur. En revanche, dans le cas où le vendeur viendrait à occulter sciemment ce risque en ne délivrant pas les documents permettant de l'identifier, l'acquéreur pourrait agir non plus sur le fondement de l'erreur mais sur celui de l'erreur provoquée, à savoir la réticence dolosive. Institutionnalisé par la pratique notariale, ce type de clause pourra alors prendre la forme suivante :

« L'acquéreur déclare qu'il a pu procéder accompagné de ses équipes et de ses conseils à une analyse juridique, fiscale, environnementale, économique et technique de l'immeuble par l'analyse du dossier d'information et des informations complémentaires qui ont eu pour objet de le conforter dans sa décision d'acquérir.

Il reconnaît expressément que les réponses aux questions posées et apportées par le vendeur assisté de ses conseils, ainsi que l'étude de l'ensemble de ces pièces et documents dont la liste figure en annexe, lui ont permis de formuler une offre sérieuse.

L'acquéreur déclare se satisfaire des documents qui lui ont été remis pour examen dès avant ce jour et des réponses qui lui ont été apportées aux questions posées »

C : L'hypothèse de l'essentialisation d'une qualité accessoire dans la détermination du consentement

633. Les effets de l'essentialisation d'une qualité accessoire — Il est de jurisprudence constante que le motif externe au contrat ayant participé à la décision de l'acquéreur ne peut être accepté comme une cause d'erreur de nature à vicier le consentement de la partie qui s'en prévaut. Cependant, il leur est loisible de faire entrer dans le champ contractuel des motifs qui, en règle générale, sont étrangers à la négociation de la vente. L'annulation de la vente ne peut être obtenue qu'en démontrant le caractère déterminant de l'erreur. Or, il est possible de contractualiser une qualité substantielle de l'immeuble et de l'ériger ce faisant en condition de l'engagement. Ainsi, l'essentialisation par le vendeur d'une qualité de l'immeuble vendu se traduit-elle par l'accord des parties pour faire d'une qualité de l'immeuble l'un des éléments de leur accord qu'ils reconnaissent comme une condition essentielle de cet accord, en l'absence duquel elles n'auraient pas contracté. Ce procédé conventionnel a pour premier effet de restreindre la liberté d'interprétation de la convention par les juges. En second lieu, l'essentialisation influe directement sur la pérennité du contrat, dès lors qu'elle contractualise le caractère substantiel de la qualité attendue de l'immeuble. Elle constitue ainsi une qualification contractuelle de la qualité substantielle qui s'imposera au juge. En pratique, un tel procédé produira les mêmes effets qu'une condition suspensive qui viendrait à défaillir : en l'absence d'une telle qualité au jour de la vente, elle ferait disparaître le contrat

Au regard de ces effets, l'essentialisation devra être utilisée avec la plus grande prudence. De telles stipulations dans l'acte de vente portant sur l'immeuble commercial dans le cadre de la procédure de data-room n'est pas impossible. Leur existence sera conditionnée au rapport de force existant entre les parties au jour de la rédaction de l'acte.

II : Les caractères de l'erreur

634. Les caractères de l'erreur et leur incidence sur la sanction — Pour que l'erreur puisse être admise en tant que vice du consentement, il est impératif qu'elle présente un ensemble de caractères qui ont été établis par la jurisprudence. Il nous faudra aborder

successives les critères propres à influencer directement sur la sanction de l'erreur (A) et ceux qui lui sont indifférents (B).

A : Les caractères de l'erreur nécessaires à sa sanction

635. Les caractères déterminant et excusable de l'erreur – En pratique, l'erreur doit présenter deux caractères cumulatifs afin d'être sanctionnée. Le vendeur qui contestera la nullité de la vente pour erreur sur les qualités substantielles de l'immeuble devra s'attacher tout particulièrement à constater leur absence. Ainsi, pour que cette erreur puisse être sanctionnée, encore faut-il qu'elle soit déterminante (1) et excusable (2).

1 : Le caractère déterminant de l'erreur

636. L'appréciation du caractère déterminant de l'erreur - L'erreur n'est une cause de nullité de la convention qu'à condition d'avoir été déterminante du consentement de l'*errans*. Ainsi, doit-il apparaître de façon manifeste qu'en son absence le contrat n'aurait pas été conclu, ou qu'il aurait été conclu dans des conditions différentes⁶⁶³. Dans le corps de leurs solutions, les juges du fond n'hésitent pas à rappeler cette exigence portant sur l'établissement du caractère déterminant de l'erreur par le demandeur,⁶⁶⁴ ou encore que l'erreur a été la « cause déterminante » du consentement⁶⁶⁵.

2 : Le caractère excusable de l'erreur

637. Seule une erreur excusable peut fonder l'annulation — L'erreur ne peut fonder l'annulation qu'à la condition qu'elle soit excusable. La justification de cette exigence réside dans la volonté de ne pas sanctionner la conduite imprudente ou trop naïve de l'*errans* et dans la nécessité de protéger le cocontractant de bonne foi contre le préjudice qui lui

⁶⁶³ Voir en ce sens : A. BENABENT, *Droit civil, Les obligations*, Domat Montchrestien, 13^{ème} éd., Paris, 2012 ; J. GHESTIN, *Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat : formation*, LGDJ, 3^{ème} éd., 1993.

⁶⁶⁴ Voir en ce sens : Cass. 1^{ère} civ., 11 octobre 1989, *Bull. civ.* 1989, I, n° 313. « *Le demandeur a établi la réalité de son erreur et son caractère déterminant* ».

⁶⁶⁵ Voir en ce sens : Cass. 1^{ère} civ., 15 juin 1960, *JCP. G* 1961, II, 12274, note P. Voirin.

causerait l'annulation de la convention. Il ressort de la jurisprudence que l'erreur est inexcusable dès lors qu'elle est fautive. Ainsi, dans bon nombre de cas l'annulation est-elle écartée sur le fondement d'une faute simple de négligence de la victime de l'erreur⁶⁶⁶. Cette faute est appréciée *in concreto* en tenant compte des aptitudes ou des insuffisances personnelles de l'errans⁶⁶⁷. Dans le cadre de la vente d'immeuble mettant en présence des professionnels de l'immobilier, la nullité de la vente se jouera essentiellement sur le caractère excusable ou non de l'erreur. Dans l'hypothèse où l'acquéreur serait profane, le caractère excusable s'apprécierait en considération des manquements constatés de l'acquéreur à poursuivre les diligences normales de tout acquéreur « bon père de famille ». Dès lors que l'acquéreur est un professionnel de l'immobilier, cette référence n'est plus suffisante. Ainsi, le niveau de connaissance générale de l'acquéreur influe-t-il directement sur l'appréciation de l'erreur qu'il provoque. Pour écarter l'annulation, la jurisprudence prend spécialement en considération la circonstance que l'erreur a été commise par un professionnel dans son domaine de spécialité. À titre d'exemple, a été jugée inexcusable l'erreur du professionnel de l'immobilier sur la constructibilité d'un terrain⁶⁶⁸. Cependant, la qualité de professionnel n'est pas un obstacle absolu à la sanction de l'erreur. La Cour de cassation⁶⁶⁹ invite les juges du fond à prendre en considération les circonstances ayant amené l'errans à se tromper. En ce sens, l'affaire de l'annulation de la vente de tableaux faussement attribués à Camille Claudel a illustré le caractère excusable de l'erreur, quand bien même l'acquéreur était professionnel en la matière (à savoir expert agréé spécialiste du dépistage des faux). Néanmoins, les circonstances tenant en la reconnaissance de la toile comme authentique par un expert spécialiste des œuvres de l'artiste à l'époque de la vente a rendu l'erreur excusable malgré la qualité de professionnel de son auteur. Partant, la qualité de professionnel de l'immobilier

⁶⁶⁶ Voir en ce sens : Cass. 3^{ème} civ., 27 novembre 1979, *Bull. civ.* 1979, III, n° 215 ; *Defrénois* 1980, art. 32421, p. 1209, obs. J-L. Aubert.

⁶⁶⁷ Voir en ce sens : N. DEJAN de la BATIE, *Appréciation « in abstracto » et appréciation « in concreto » en droit civil français*, LGDJ, Paris, 1965.

⁶⁶⁸ Voir en ce sens : Cass. 1^{ère} civ., 2 mars 1964, *Bull. civ.* 1964, I, n° 122 ; *RTD civ.* 1965, p. 112, obs. J. Chevallier ; Cass. 3^{ème} civ., 9 octobre 1969, *Bull. civ.* 1969, III, n° 634 ; Cass. 3^{ème} civ., 4 janvier 1985, *RTD civ.* 1985, p. 572, obs. J. Mestre.

⁶⁶⁹ Voir en ce sens : Cass. 1^{ère} civ., 14 décembre 2004, *JCP. G* 2005, I, n° 141, obs. Y-M Sérinet ; *RTD civ.* 2005, p. 123, obs. J. Mestre et B. Fages.

n'est pas un frein absolu à la reconnaissance de l'erreur commise par l'acquéreur sur les qualités substantielles de l'immeuble.

B : Les caractères de l'erreur indifférents à sa sanction

638. Les caractères de l'erreur indifférents à sa sanction — Pour que l'erreur puisse être sanctionnée, il est indifférent que celle-ci soit une erreur de droit ou une erreur de fait (1). Il est également indifférent qu'il s'agisse d'une erreur unilatérale ou commune (2).

1 : Les erreurs de droit et des erreurs de fait

639. Le caractère indifférent de l'erreur en ce qu'elle est de droit ou de fait — Aujourd'hui, il est unanimement admis qu'une erreur de droit peut être une cause de nullité des conventions et ce au même titre que les erreurs de fait⁶⁷⁰. Cette solution n'est pas contraire à l'adage selon lequel « nul n'est censé ignorer la loi », qui n'a d'autre objet que d'interdire de prendre prétexte de son ignorance pour ne pas respecter la règle de droit. L'erreur de droit est en pratique largement retenue par les tribunaux. La jurisprudence a cependant tendance à l'appréhender non pas en elle-même mais comme l'intermédiaire de l'erreur de fait à laquelle elle a donnée naissance. L'erreur de droit apparaît en principe soit comme une erreur sur la substance, soit comme une erreur sur la cause. C'est ainsi qu'a été retenue au titre de l'erreur sur la substance l'erreur sur les droits conférés au preneur par un bailleur⁶⁷¹. L'erreur de droit relevant de l'erreur sur la cause a notamment été retenue dans le cadre de la renonciation à un bail fondée sur l'affirmation inexacte d'un notaire tenant en sa nullité⁶⁷².

⁶⁷⁰ Voir en ce sens : R. DECOTTIGNIES, « L'erreur de droit », *RTD. civ.* 1951, p. 309.

⁶⁷¹ Voir en ce sens : CA Paris, 4 décembre 1991, *Juris-Data* n° 1991-042460. Ici l'erreur portait sur le caractère révocable d'un contrat de matériel informatique. Voir également : CA Paris, 11 juin 1992, *Juris-Data* n° 1992 022125. Pour un exemple d'erreur portant sur la soumission d'un bail au statut des baux commerciaux.

⁶⁷² Voir en ce sens : Cass. req., 13 décembre 1927, *S.* 1928, 1, p. 125.

2 : Les erreurs unilatérales et les erreurs communes

640. Le caractère indifférent de l'erreur en ce qu'elle est unilatérale ou commune — Il importe peu que l'erreur soit commise unilatéralement par une seule des parties ou bien qu'elle soit commise par les deux contractants. À ce titre, la Cour de cassation a retenu que l'erreur commise par l'une des parties et partagée par l'autre n'était pas de nature à modifier le régime de l'erreur et entraînait la nullité de la convention⁶⁷³.

⁶⁷³ Voir en ce sens : Cass. 2^{ème} civ., 12 juin 1979, *Gaz. pal.* 1979, 2, p. 430.

Section 2 : L'erreur provoquée

641. Le dol, la réticence dolosive, et leurs remèdes lors de la vente d'immeuble

— Les articles 1109⁶⁷⁴ et 1116⁶⁷⁵ du Code civil visent le dol en tant que vice du consentement dans la formation du contrat qui peut se définir comme une tromperie destinée à surprendre le consentement du cocontractant⁶⁷⁶. Il suppose un acte ou un engagement à venir et doit être différencié du dol dans l'exécution du contrat que la jurisprudence définit comme l'inexécution d'une obligation contractuelle déjà née de la convention conclue entre les parties⁶⁷⁷. Selon l'angle sous lequel on le considère, le dol présente différents aspects. Pour la victime, il apparaît comme un vice du consentement dont la sanction procédant de l'annulation du contrat renvoie aux exigences psychologiques liées à l'autonomie de la volonté. Dans cette première acception, le vice se trouve moins dans la tromperie que dans l'erreur qui en résulte. Partant, il est très proche de l'erreur, à la différence toutefois que la méprise n'est pas spontanée mais provoquée par l'une des parties au contrat. Considéré du point de vue de son auteur, le dol est un délit civil traduisant un comportement malhonnête et intentionnellement dommageable. Il résulte des impératifs de morale que ce comportement fautif soit sanctionné de façon large et sévère, et ce quel qu'en soit l'objet ou quand bien même l'erreur ainsi provoquée porterait sur la valeur ou les motifs (par opposition à l'erreur sur les qualités substantielles). Comme nous avons pu le faire précédemment pour l'erreur, il nous faudra analyser le risque de nullité que fait courir la commission d'un dol aux parties. Pour ce faire, nous étudierons dans un premier temps les notions de dol et de réticence dolosive (§1), puis nous verrons les remèdes de nature à prémunir les parties contre une telle nullité (§2).

⁶⁷⁴ L'article 1109 du Code civil dispose : « *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* ».

⁶⁷⁵ L'article 1116 du Code civil dispose: « *Le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles, qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté. Il ne se présume pas et doit être prouvé* ».

⁶⁷⁶ Voir en ce sens : J. CARBONNIER, *Droit civil, t. 4 ; Les obligations*, PUF, 22^{ème} éd., 2000, p. 100 ; J. FLOUR, J-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations, Tome 1, L'acte juridique*, Armand Colin, 14^{ème} éd., Paris, 2012, n° 211.

⁶⁷⁷ Voir en ce sens : Ph. JESTAZ, G. MARTY, P. RAYNAUD, *Droit civil, Les obligations, t. 1, Les sources*, Sirey, 2^{ème} éd., Paris, 1988, n° 155.

Les articles 1109⁶⁷⁸ et 1116⁶⁷⁹ du Code civil visent le dol en tant que vice du consentement dans la formation du contrat qui peut se définir comme une tromperie destinée à surprendre le consentement du cocontractant⁶⁸⁰. Il suppose un acte ou un engagement à venir et doit être différencié du dol dans l'exécution du contrat que la jurisprudence définit comme l'inexécution d'une obligation contractuelle déjà née de la convention conclue entre les parties⁶⁸¹. Selon l'angle sous lequel on le considère, le dol présente différents aspects. Pour la victime, il apparaît comme un vice du consentement dont la sanction procédant de l'annulation du contrat renvoie aux exigences psychologiques liées à l'autonomie de la volonté. Dans cette première acception, le vice se trouve moins dans la tromperie que dans l'erreur qui en résulte. Partant, il est très proche de l'erreur, à la différence toutefois que la méprise n'est pas spontanée mais provoquée par l'une des parties au contrat. Considéré du point de vue de son auteur, le dol est un délit civil traduisant un comportement malhonnête et intentionnellement dommageable. Il résulte des impératifs de morale que ce comportement fautif soit sanctionné de façon large et sévère, et ce quel qu'en soit l'objet ou quand bien même l'erreur ainsi provoquée porterait sur la valeur ou les motifs (par opposition à l'erreur sur les qualités substantielles). Comme nous avons pu le faire précédemment pour l'erreur, il nous faudra analyser le risque de nullité que fait courir la commission d'un dol aux parties. Pour ce faire, nous étudierons dans un premier temps les notions de dol et de réticence dolosive (§1), puis nous verrons les remèdes de nature à prémunir les parties contre une telle nullité (§2).

⁶⁷⁸ L'article 1109 du Code civil dispose : « *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* ».

⁶⁷⁹ L'article 1116 du Code civil dispose : « *Le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles, qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté. Il ne se présume pas et doit être prouvé* ».

⁶⁸⁰ Voir en ce sens : J. CARBONNIER, *Droit civil, Tome. 4 ; Les obligations, op. cit.*, p. 100 ; J. FLOUR, J-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations, 1, L'acte juridique, op.cit.*, , n° 211.

⁶⁸¹ Voir en ce sens : Ph. JESTAZ, G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil, Les obligations, t. 1, Les sources*, Sirey, 2^{ème} éd., 1988, n° 155.

§ 1 : Le dol et la réticence dolosive

642. L'objet du dol et son régime — Dès lors que le vendeur avait connaissance du vice affectant l'immeuble et qu'il a sciemment omis de le mentionner à l'acquéreur, ce dernier sera fondé à demander la nullité de la vente sur le fondement du dol. Par opposition à l'erreur spontanée, il ne s'agit pas ici de parler de maîtrise du risque puisque le dol présuppose un comportement intentionnel de son auteur. Par conséquent, il s'agira moins d'apprécier comment les parties peuvent tenter de se préserver contre la nullité de l'acte de vente, que de voir les conditions de mise en œuvre de l'action en réticence dolosive. Elle correspond à la réalité pratique à laquelle peut être confronté un acquéreur en cas d'erreur provoquée par une inexécution par le vendeur de son obligation d'information. Pour ce faire, il nous faudra analyser les conditions du dol (I), puis son régime (II).

I : Les conditions du dol

643. Les conditions inhérentes à l'auteur, aux éléments et à la victime du dol — Au regard de l'article 1116 du Code civil, il apparaît que trois séries de conditions sont nécessaires à la mise en œuvre du dol afin que celui-ci puisse être sanctionné. Certaines sont inhérentes à l'auteur du dol (A), d'autres aux éléments du dol (B), et enfin à la victime de celui-ci (C).

A : Les conditions afférentes à l'auteur du dol

644. L'auteur du dol doit être le cocontractant de la victime — Il résulte de la lettre de l'article 1116 du Code civil qu'en principe le dol n'est sanctionné que s'il a pour auteur le cocontractant de la victime. Partant, les agissements d'un tiers au contrat sont exclus du champ d'application du dol. Néanmoins, la victime des manœuvres d'un tiers n'est pas pour autant laissée sans aucune protection. Ainsi, la Cour de cassation a-t-elle reconnu que *« l'erreur provoquée par le dol d'un tiers à la convention peut entraîner la nullité du contrat*

lorsqu'elle porte sur la substance même de ce contrat »⁶⁸². D'autre part, rien n'interdit à la victime du dol de rechercher la responsabilité délictuelle du tiers⁶⁸³. Cependant, la jurisprudence apporte un tempérament à ce principe : le dol ne pourra être retenu que lorsque le cocontractant sera considéré comme complice des agissements du tiers, soit parce qu'il en aura été l'instigateur, soit parce qu'il en aura sciemment profité⁶⁸⁴. Cette position de la Cour de cassation peut avoir des répercussions pratiques en matière d'arbitrage immobilier. Il a ainsi été jugé qu'était constitutive d'un dol entraînant l'annulation d'un bail commercial, les manœuvres du mandataire du bailleur qui s'entend avec le preneur pour conclure le contrat sur des bases inexactes lésant son mandant. Il en va de même pour le vendeur qui déciderait d'augmenter la valeur de cession de l'immeuble par la conclusion de baux avec certains preneurs ; puis de les présenter à l'acquéreur, alors que ceux-ci ne reflètent pas les conditions économiques réelles de l'immeuble

B : Les éléments du dol

645. Les éléments matériel et moral du dol — Bien que les éléments du dol soit ceux de tout délit civil, force est de constater que le dol se double souvent d'une infraction pénale : escroquerie, publicité mensongère, fraude ou falsification dans les ventes et prestations de service, abus de faiblesse. Aussi est-il utile de distinguer l'élément matériel (1) de l'élément moral concernant le dol (2), comme cela peut-être le cas en matière d'infraction pénale.

1 : L'élément matériel du dol

646. L'interprétation extensive de la notion de « manœuvres » par la jurisprudence — Les dispositions de l'article 1116 du Code civil ne font référence qu'à la notion de « manœuvres » que viendrait à pratiquer l'une des parties (a). Dans le silence d'une

⁶⁸² Cass. 1^{ère} civ., 3 juillet 1996, *Bull. civ.* 1996, I, n° 288 ; *D.* 1996, p. 323, obs. P. Delebecque ; *RTD civ.* 1996, p. 895, obs. J. Mestre.

⁶⁸³ Voir en ce sens : C. LARROUMET, *Droit civil, Tome 3, Les obligations, le contrat, 1^{ère} partie : les conditions de formation*, Economica, 6^{ème} éd., Paris, 2007.

⁶⁸⁴ Voir en ce sens : Cass. req., 20 mars 1883, *S.* 1884, I, p. 417 ; Cass. 1^{ère} civ., 7 juillet 1960, *Bull. civ.* 1960, I, p. 371 ; Cass. 3^{ème} civ., 6 novembre 1970, *Bull. civ.* 1970, III, n° 587.

définition législative, ce terme a fait l'objet d'une interprétation extensive de la jurisprudence qui a décidé d'y inclure tant la notion de « mensonge » (b), que celle de « réticence » (c).

a : La notion de « manœuvre »

647. La définition de la notion de « manœuvres » — Pour Carbonnier, la notion de « manœuvre » renvoie à l'idée d'une « *extériorisation de la tromperie* »⁶⁸⁵. Pour la jurisprudence, il s'agit plus largement de « *toutes espèces d'agissements tendant à créer une fausse apparence* »⁶⁸⁶. Par opposition à la notion de « manœuvre frauduleuses » dont il est fait mention à l'article 313-1 du Code pénal, les manœuvres dolosives du droit civil sont plus étendues. A titre d'exemple, le dol est notamment caractérisé par la production de faux documents⁶⁸⁷. Cette hypothèse recoupe assez bien le dol qui pourrait être commis par le vendeur à l'occasion de la procédure d'arbitrage immobilier et qui serait caractérisé par la production en data-room de documents falsifiés en vue d'augmenter artificiellement le prix de l'immeuble. On pourrait alors penser à la production de documents volontairement mensongers tels l'état locatif. Cependant, l'analyse de la situation locative qui sera effectuée par les conseils de l'acquéreur rendra ce type de situation peu plausible : la supercherie risquant de ne pas résister à une telle analyse, elle n'aurait pour résultat que de porter préjudice au crédit de la société venderesse. Nous pourrions retenir une autre hypothèse visant les manœuvres destinées à dissimuler l'état réel de l'immeuble vendu⁶⁸⁸. Cependant, l'ampleur des audits réalisés par les candidats-acquéreurs et leurs conseils s'oppose à la réalisation de telles manœuvres comme dans le cas précédent. Il en a été jugé ainsi dans le cadre de la vente d'un bien immobilier ; le comportement de l'acquéreur était constitutif d'un dol dès lors qu'il avait connaissance de la richesse du sous-sol et qu'il s'était couvert derrière une société lui

⁶⁸⁵ Voir en ce sens : J. CARBONNIER, *Droit civil : Tome 3, Les biens*, PUF, Coll. Thémis Droit privé, 19^{ème} éd., Paris, 2000, p. 101.

⁶⁸⁶ Voir en ce sens : J. GHESTIN, *op. cit.*, n° 563.

⁶⁸⁷ Voir en ce sens : Cass. 1^{ère} civ., 5 mars 1980, *Gaz. Pal.* 1980, II, p. 343. En l'espèce il s'agissait de la falsification d'un acte de naissance.

⁶⁸⁸ Voir en ce sens : Cass. 3^{ème} civ., 28 mai 2002, *Dr & Patr.* Octobre 2002, p. 101, obs. P. Chauvel. Pour l'exemple de la dissimulation de la présence d'insectes xylophages par le rebouchage des galeries et de travaux de peinture.

servant de prête nom, afin de dissimuler cet état de fait au vendeur et lui présenter son projet d'exploitation tenant pour partie à usage d'habitation et à usage agricole⁶⁸⁹.

Plus largement encore, les tribunaux analysent parfois les manœuvres dolosives comme l'exploitation de l'état d'infériorité du cocontractant. Nous ne traiterons pas de cette hypothèse : elle est incompatible par nature avec la procédure de data-room, mettant en présence des professionnels de l'immobilier assistés de conseils.

b : L'assimilation du mensonge à la notion de « manœuvres »

648. Le mensonge est en principe constitutif d'un dol tempéré par la notion de *bonus dolus* — Pour la jurisprudence, il est admis que le dol puisse résulter d'un simple mensonge et ce même en l'absence de toute manœuvres destinées à lui donner du crédit⁶⁹⁰. Il importe peu que le mensonge soit oral ou écrit et qu'il figure ou non dans l'acte. Il est également admis que les mensonges entrant dans la catégorie des *bonus dolus*, c'est-à-dire des exagérations usuelles dans les relations d'affaires, constituent une exception et s'opposent à la caractérisation du dol. La Cour de cassation a rejeté ainsi l'annulation d'une vente dès lors que « *l'exagération commise dans la description publicitaire ne dépassait pas ce qui est habituel dans la pratique commerciale* »⁶⁹¹. Outre les usages du commerce, les auteurs font plus volontiers référence tantôt à la notion d'absence de volonté de tromper, tantôt à l'idée selon laquelle il n'y aurait pas lieu de protéger une victime assez naïve pour prendre les propos du vendeur au premier degré. Aujourd'hui, le *bonus dolus* est fréquemment sanctionné notamment sur le fondement de l'obligation de renseignement.

⁶⁸⁹ Voir en ce sens : Cass. 3^{ème} civ., 15 novembre 2000, *Bull. civ.* 2000, III, n° 271 ; *JCP. G* 2001, I, n° 301, obs. Y. M Sérinet ; *JCP. E* 2001, n° 1578, 2^{ème} esp. Note P. Chauvel ; *D.* 2002, p. 928, obs. O. Tournafond.

⁶⁹⁰ Voir en ce sens : Cass. req., 6 février 1934, *S.* 1935, I, p. 296 ; Cass. 1^{ère} civ., 27 avril 1953, *D.* 1953, n° 440 ; Cass. com., 15 février 1966, *Bull. civ.* 1966, III, n° 102 ; Cass. 3^{ème} civ., 6 novembre 1970, *JCP. G* 1971, II, n° 16942, note J. Ghestin.

⁶⁹¹ Cass. com., 13 décembre 1994, *Contrats, conc. Consom.* 1995, comm. 48, obs L. Leveneur.

649. La définition de la réticence dolosive — Dès lors que l'erreur commise par l'acquéreur est imputable au vendeur, les obligations des parties résultant de la convention s'en trouvent modifiées. Ainsi, la jurisprudence a-t-elle développé la notion de « réticence dolosive »⁶⁹² qui apparaît alors comme la sanction d'une obligation précontractuelle d'information à laquelle serait tenu le vendeur. Mise en lumière par M. Ghestin⁶⁹³, elle caractérise le fait de ne pas énoncer un défaut ou un vice inhérent à la chose vendue et qui serait de nature à vicier le consentement de l'acquéreur dès lors qu'il est possible de démontrer que cette omission présente un caractère volontaire de la part du vendeur. En pratique, les juges de première instance sont souvent tentés de rendre inopposable une clause de non garantie des vices en invoquant la mauvaise foi du vendeur qui n'aurait pas énoncé formellement à l'acquéreur l'existence d'un défaut dont ce dernier n'avait pas connaissance. Bien que ces cas de défaillance soient susceptibles de recouvrir de véritables situations de dol, la démonstration de la carence du vendeur à mentionner le vice à l'acquéreur ne peut pas suffire à illustrer son intention dolosive à elle seule. Ainsi, la Cour de cassation⁶⁹⁴ maintient-elle un contrôle de la qualification dolosive des moyens employés par l'une des parties en vue de convaincre l'autre de contracter. En matière de vente d'immeuble, a été retenue comme constitutive d'une réticence dolosive, l'absence d'information de l'acquéreur de la réalisation d'un projet de construction attendant à l'immeuble vendu et de nature à le priver d'enseillement⁶⁹⁵, de même que la dissimulation d'un projet d'élargissement de la route desservant le terrain, source de nuisance sonore⁶⁹⁶.

⁶⁹² Voir en ce sens : Cass. 3^{ème} civ., 29 novembre 2000, *Contrats, conc. Consom.* 2001, n° 3, p. 12 ; *AJDI* 2001, p. 1020. L'absence de déclaration par le vendeur de l'existence d'un arrêté d'interdiction d'habiter lors de la vente d'un immeuble à usage d'habitation était constitutive d'une réticence dolosive de nature à vicier le consentement de l'acquéreur.

⁶⁹³ J. GHESTIN, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, LGDJ 1993, 3^{ème} éd., n° 571.

⁶⁹⁴ Voir en ce sens : « *Rapport 2001 – les Libertés* » de la Cour de cassation, rapp., J. Betoulle, p. 259.

⁶⁹⁵ Cass. 3^{ème} civ., *Contrats, conc. Consom.* 1996, n° 55, note L. Leveneur.

⁶⁹⁶ Voir en ce sens : Cass. 2^{ème} civ., 13 février 1967, *Bull. Civ.* 1967, I, n° 58.

2 : L'élément moral

650. Le dol présuppose de l'existence d'une faute intentionnelle — Le dol est un délit civil qui repose sur l'existence d'une faute intentionnelle. La Cour de cassation exige que l'auteur des manœuvres, du mensonge ou de la réticence ait agi « *intentionnellement pour tromper le contractant* »⁶⁹⁷. Partant, l'intention requise telle que définie ici n'est pas tant de causer un préjudice que plus largement celle de tromper, qu'il s'agisse alors de provoquer l'erreur ou simplement d'en profiter pour l'auteur du dol. Ainsi, le dol ne peut-il pas exister à chaque fois que le cocontractant à qui il est reproché d'avoir commis un dol était de bonne foi, spécialement lorsque celui à qui il est reproché d'avoir trompé autrui était lui-même dans l'erreur⁶⁹⁸. Il en est de même lorsque la fourniture d'informations inexacts ou incomplètes n'est due qu'à la négligence ou la légèreté⁶⁹⁹. En règle générale, il est de jurisprudence constante que la sanction est exclue toutes les fois où il n'est pas établi que le cocontractant a agi dans l'intention de tromper. C'est pour cette raison que la simple méconnaissance à une obligation précontractuelle d'information n'est pas suffisante à caractériser l'intention de tromper, dès lors que le caractère intentionnel de ce manquement ne peut être démontré⁷⁰⁰. Cette exigence de principe est cependant tempérée par la jurisprudence lorsqu'il s'agit de contrats conclus entre professionnels. La Cour de cassation a décidé que la réticence dolosive était caractérisée par l'arrêt d'appel : « *la société venderesse et son gérant, professionnel des transactions immobilières, avaient envers les acquéreurs qui manquaient d'expérience matière d'urbanisme, le devoir de vérifier la situation de la parcelle vendue au point de vue des voies et réseaux et ont volontairement omis de préciser ce point* »⁷⁰¹. Le dol peut donc résulter de la simple inexécution volontaire d'une obligation de renseignement, indépendamment de la connaissance effective de la situation par le professionnel sur lequel pèse l'obligation.

⁶⁹⁷ Cass. 1^{ère} civ., 12 novembre 1987, *Bull. civ.* 1987, I, n° 293 ; *RTD civ.* 1988, p. 339, obs. J. Mestre.

⁶⁹⁸ Voir en ce sens : CA Paris, 30 décembre 1934, *S.* 1935, II, p. 90. Pour l'exemple d'un prêt consenti par une dame à une personne se prénommant Louis de Bourbon qui se pensait injustement descendante de Louis XIV.

⁶⁹⁹ Voir en ce sens : Cass. req., 27 janvier 1874, *DP.* 1874, I, p. 352. Pour un exemple de négligence ; Cass. com., 10 mars 1981, *Bull. civ.* 1981, IV, n°128. Pour un exemple de légèreté.

⁷⁰⁰ Voir en ce sens : Cass. com., 28 juin 2005, *RTD civ.* 2005, p. 590, obs. J. Mestre et B. Fages.

⁷⁰¹ Cass. 3^{ème} civ., 3 février 1981, *D.* 1984, p. 457, note J. Ghestin.

C : La victime du dol

651. Les critères de l'erreur — La sanction du dol présuppose que du côté de la victime le comportement du cocontractant ait été de nature à induire une erreur. Peu importe son objet (1) dès lors que celle-ci a été déterminante (2). Par analogie avec l'erreur, vice du consentement, il nous faudra appréhender le caractère excusable de l'erreur commise par la victime du dol (3).

I : L'objet de l'erreur

652. Le champ d'application de l'erreur provoquée est plus vaste que celui de l'erreur spontanée — Par opposition à l'erreur en tant que vice du consentement telle qu'elle a été précédemment abordée, le dol peut entraîner la nullité de la convention quel qu'en soit l'objet. Le domaine de la nullité pour dol est sans commune mesure plus étendu que celui de la nullité pour erreur, puisqu'il suffit que l'erreur résultant du dol ait été déterminante du consentement de la victime et non qu'elle porte systématiquement sur la substance de la chose⁷⁰². De surcroît, le dol peut être sanctionné quand bien même il aurait entraîné une erreur sur la valeur de la chose vendue⁷⁰³ ou sur sa rentabilité⁷⁰⁴, une erreur sur les motifs, ou encore sur les qualités non substantielle. Dans le cas où de telles erreurs seraient spontanées, c'est à dire non provoquées par le cocontractant, elles ne pourraient donner lieu à une sanction. Partant, c'est bien la déloyauté qui va venir justifier l'élargissement du domaine de la nullité pour erreur. Dans le même sens, peu importe que l'erreur porte sur une règle de droit ou sur des circonstances de fait. L'adage *nemo censetur* est paralysé tout comme ce peut être le cas en matière d'erreur spontanée⁷⁰⁵. En dernier lieu, il n'est pas important que l'erreur soit

⁷⁰² Voir en ce sens : Cass. com., 19 décembre 1961, *D.* 1962, p. 240 ; Cass. 1^{ère} civ., 13 février 1967, *Bull. civ.*, 1967, I, n° 58 ; Cass ; 3^{ème} civ., 2 octobre 1974, *Bull. civ.*, 1974, III, n° 330.

⁷⁰³ Voir en ce sens : CA Paris, 22 janvier 1953, *Gaz. Pal.* 1953, I, p. 137 ; *D.* 1953, p. 136 ; *JCP. G* 1953, II, n° 7435.

⁷⁰⁴ Voir en ce sens : Cass. com., 26 novembre 2003, *Juris-Data* n° 2003-021306. Pour une erreur portant sur la valeur du fonds de commerce cédé.

⁷⁰⁵ Voir en ce sens : Cass. com., 13 octobre 1980, *D.* 1981, p. 309, obs. J. Ghestin.

relative à la prestation de l'auteur du dol ou à la propre prestation de celui qui en est victime⁷⁰⁶.

2 : Du caractère déterminant de l'erreur

653. L'erreur doit être déterminante du consentement pour être sanctionnée sur le fondement du dol — Tout comme dans le cadre de l'erreur spontanée, l'erreur commise à l'occasion du dol ne peut être sanctionnée que lorsqu'elle a pour effet de vicier le consentement du cocontractant qui la subit. Le législateur a entendu ériger cette exigence en tant que principe de la sanction du dol, dès lors qu'il résulte des dispositions de l'article 1116 du Code civil qu'il doit être « *évident, que sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté* ». En se fondant sur le caractère déterminant de l'erreur, les tribunaux refusent de sanctionner le dol lorsque : l'acquéreur de l'immeuble n'établit pas que la connaissance de l'existence d'une servitude aurait été de nature à le dissuader d'acquérir l'immeuble⁷⁰⁷, ou encore que les renseignements non divulgués par le cessionnaire d'un fonds de commerce n'avait pas été déterminant sur le consentement de l'acquéreur⁷⁰⁸. Cette exigence inhérente au caractère déterminant de l'erreur se traduit parfois par une distinction entre les notions de « dol principal » et de « dol incident ». Pour la doctrine classique, la seconde de ces deux notions vise les manœuvres en l'absence desquelles la victime aurait consenti mais à d'autres conditions. La jurisprudence reste néanmoins circonspecte sur cette distinction : tandis que certaines Cours d'appel restent fidèles à ce *distinguo*⁷⁰⁹, la Cour de cassation rend des arrêts dont la lecture peut donner lieu à confusion dès lors qu'ils peuvent être interprétés dans les deux sens, sans qu'aucun ne puisse être suivi de manière définitive⁷¹⁰. Il appartient aux juges

⁷⁰⁶ Voir en ce sens : Cass. 3^{ème} civ., 27 mars 1991, *Bull. civ* 1991, III, n° 108 ; *Defrénois* 1991, art. 35142, p. 1265, note J-L Aubert.

⁷⁰⁷ Voir en ce sens : Cass. 3^{ème} civ., 13 juillet 1999, *Juris-Data* n° 1999-003117.

⁷⁰⁸ Voir en ce sens : Cass. com., 21 mars 2000, *Dr. & patr.*, oct. 2000, p. 103, note P. Chauvel.

⁷⁰⁹ Voir en ce sens : CA Paris, 27 novembre 1980, *JCP. G* 1981, IV, n° 362 ; CA Bordeaux, 6 octobre 1983, *Juris-Data* n° 1983-042336 ; CA Agen, 29 octobre 1984, *Juris-Data* n° 1984-041883.

⁷¹⁰ Voir en ce sens : Cass. com., 11 juillet 1977, *D.* 1978, p. 155, note C. Larroumet ; *Defrénois* 1978, art. 31738, p. 762, obs. J-L. Aubert ; Cass. com., 23 novembre 1982, *JCP. G* 1983, IV, 47. Pour des décisions de la Cour en faveur de la distinction ; Cass. com., 2 mai 1984, *Bull. civ.* 1984, IV, n° 145 ; Cass. 1^{ère} civ., 22 décembre 1954, *D.* 1955, p. 254. Pour des décisions de la Cour allant à l'encontre de la distinction.

du fond d'apprécier souverainement le caractère déterminant de l'erreur. Celui-ci s'apprécie *in concreto* par une recherche de l'influence effectivement exercée par l'erreur sur la décision de la victime.

3 : Du caractère excusable de l'erreur

654. La réticence dolosive rend l'erreur toujours excusable — Le caractère excusable ou non de l'erreur nous amène à nous poser la question suivante : l'erreur provoquée par le dol doit-elle être excusable comme en matière d'erreur spontanée, c'est-à-dire présenter un caractère non fautif pour pouvoir être sanctionnée ? La jurisprudence a affirmé que la victime d'un dol qui en sollicitait la réparation ne pouvait l'obtenir et pouvait s'en prendre qu'à elle-même dès lors que celui-ci résulte de son défaut de vérification ou de renseignement⁷¹¹. Cependant, s'est rapidement posée la question de la condition de la réticence dolosive. Pour certains auteurs et pour de nombreux arrêts, elle présupposait « *un silence gardé par le cocontractant sur une circonstance ou un fait que son cocontractant était excusable de ne pas connaître* »⁷¹². Or, nous pouvons penser que l'ignorance n'est pas excusable lorsque le cocontractant était chargé d'une obligation de s'informer⁷¹³ notamment à raison de sa profession. Il n'était donc par rare que les tribunaux écartent la réticence dolosive au motif, par exemple, que le concessionnaire avait le devoir de se renseigner sur l'état du marché avant de renouveler son contrat⁷¹⁴ ; ou que l'acquéreur d'un fonds de commerce devait s'enquérir de la situation réelle du fonds et des projets d'ouverture d'autres magasins⁷¹⁵. Cette solution a été consacrée par la Cour de cassation qui a érigé en principe que « *la réticence dolosive, à la supposer établie, rend toujours excusable l'erreur provoquée* »⁷¹⁶. Ainsi, n'est-il

⁷¹¹ Voir en ce sens : CA Orléans, 24 mai 1883, *DP*. 1884, II, p. 148 ; Cass. soc., 26 octobre 1957, *Bull. civ.* 1957, IV, n° 1011 ; Cass. 1^{ère} civ, 13 octobre 1969, *Bull. civ.* 1969, I, n° 295.

⁷¹² Cass. soc., 1^{er} avril 1954, *JCP. G* 1954, II, 8384, note Lacoste ; Cass. 3^{ème} civ., 28 octobre 1980, *JCP. G* 1981, IV, 26.

⁷¹³ Voir en ce sens : P. JOURDAIN, « Le devoir de se renseigner », *D.* 1983, chron. P. 139.

⁷¹⁴ Voir en ce sens : CA Paris, 20 octobre 1981, *Juris-Data*, n° 1981-025792.

⁷¹⁵ Voir en ce sens : CA Bordeaux, 23 mars 1987, *Juris-Data* n° 1987-041086.

⁷¹⁶ Cass. 3^{ème} civ., 21 février 2001, *Bull. civ.* 2001, III, n° 20 ; *JCP. G* 2002, II, n° 10027, note C. Jamin ; *JCP. E* 2002, p. 764, note P. Chauvel ; *D.* 2001, p. 2702, note D. Mazeaud ; *D.* 2002, p. 927, obs. C. Caron et

plus utile de s'interroger sur la question portant sur l'éventuelle commission par la victime d'une erreur excusable dès lors cette condition, est réputée satisfaite même si elle n'est pas abandonnée. Toutefois, cette solution n'interdit pas aux tribunaux de refuser de prononcer la nullité dès lors que l'erreur alléguée est trop grossière pour être vraisemblable.

Après avoir appréhendé les conditions nécessaires à la sanction du dol, il nous faut à présent en apprécier le régime.

II : Le régime du dol

655. La preuve du dol et sa sanction — Nous suivrons un plan classique comme nous l'avons fait précédemment pour l'erreur. Nous distinguerons d'une part la preuve du dol (**A**), et d'autre part sa sanction (**B**).

A : La preuve du dol

656. La charge de la preuve — Au regard de l'article 1116 du Code civil, la charge de la preuve pèse sur le demandeur en nullité. Le contractant doit démontrer l'existence des différents éléments constitutifs du dol, sous peine d'être débouté de son action. A cet égard, la preuve du dol est souvent présentée comme plus facile à démontrer que celle de l'erreur spontanée. Pourtant, cette affirmation n'est vraie qu'en présence d'éléments extérieurs tels que les manœuvres ou les mensonges. Elle n'a plus de sens lorsqu'il s'agit d'une simple réticence : la démonstration essentielle tient alors à la mauvaise foi de l'un et à l'ignorance de l'autre, qui sont bien souvent difficiles à établir⁷¹⁷. Ainsi, au regard de cette situation, la Cour de

O. Tournafond ; *Defrénois* 2001, art. 37365, p. 703, note R. Libchaber ; *AJDI* 2002, p. 70, note F. Cohet/Cordey ; *RTD civ.* 2001, p. 353, obs. J. Mestre et B. Fages.

⁷¹⁷ Voir en ce sens : Cass. com., 8 décembre 1987, *Bull. civ.*, 1987, IV, n° 263. Pour une absence de preuve de la connaissance, par la banque, de la situation irrémédiablement compromise d'un emprunteur. Cass. com., 3 décembre 2003, *Juris-Data* n° 2003-01234. Pour l'absence de preuve qu'une banque détenait, sur la situation des sociétés garanties, des informations inconnues des cautions et que celles-ci n'étaient pas pleinement informées de la situation exacte des sociétés.

cassation-a-t-elle opéré un revirement de jurisprudence par un arrêt en date du 15 mai 2002⁷¹⁸ en renversant la charge de la preuve. En l'espèce, un vendeur professionnel avait vendu une voiture d'occasion accidentée. La Cour d'appel a rejeté la demande d'annulation de la vente au motif que l'acquéreur ne rapportait pas la preuve que le vendeur avait dissimulé l'accident. Son arrêt fut cassé au motif que « *le vendeur professionnel est tenu d'une obligation de renseignement à l'égard de son client et qu'il lui incombe de prouver qu'il a exécuté son obligation* ». En outre, il ressort de l'analyse de la jurisprudence que certaines circonstances autorisent parfois à poser une sorte de présomption de mauvaise foi. C'est pour cela que la première chambre civile a jugé que compte tenu des éléments relevés par elle, une Cour d'appel n'avait pas recherché si le défaut d'information constaté à l'encontre d'une banque avait eu pour objet de tromper les cautions⁷¹⁹.

657. Les moyens de la preuve — Dès lors que le dol est un fait juridique, les moyens de preuve sont libres. Il peut donc être rapporté par tous moyens, y compris par présomption de l'homme. La preuve peut ainsi être déduite de témoignages formellement irréguliers⁷²⁰, voire d'indices tirés de faits postérieurs à la conclusion du contrat⁷²¹. L'existence des motifs constitutifs du dol est souverainement constatée par les juges du fond, sous réserve toutefois du contrôle opéré par la Cour de cassation tenant à la qualification juridique des agissements relevés⁷²².

B : La sanction du dol

658. La double sanction du dol — En matière de dol, la dualité de la sanction renvoie au double aspect de celui-ci qui, en tant que vice du consentement, justifie l'annulation du contrat **(2)**, et en tant que délit civil entraîne la réparation du préjudice subi **(1)**.

⁷¹⁸ Cass ; 1^{ère} civ., 15 mai 2002, *Bull. civ.* 2002, I, p. 132 ; *JCP. G* 2002, I, 184, obs. F. Labarthe ; *Contrats conc. Consum.* 2002, comm. 135, note L. Leveneur ; *RTD civ.* 2003, p. 84, obs. J. Mestre et B. Fages.

⁷¹⁹ Voir en ce sens : Cass. 1^{ère} civ., 13 mai 2003, *Juris-Data* n° 2003-021434.

⁷²⁰ Voir en ce sens : Cass. civ., 4 janvier 1949, *D.* 1949, p. 135 ; *Gaz. Pal.* 1949, I, p. 145.

⁷²¹ Voir en ce sens : Cass. com., 2 décembre 1965, *Bull. civ.* 1966, III, n° 276.

⁷²² Voir en ce sens : Cass. civ., 8 août 1894, *DP.* 1895, I, p. 339 ; Cass. civ., 4 novembre 1913, *DP.* 1914, I, p. 134 ; Cass. civ., 30 mai 1927, *DH.* 1927, p. 416.

1 : La sanction tenant en l'annulation de la convention

659. Le domaine et de la portée de la nullité relative — En tant que vice du consentement, le dol est classiquement sanctionné par la nullité relative de la convention et non par la résiliation ou la résolution comme peuvent parfois le déclarer certains juges du fond⁷²³. L'action en annulation est soumise aux règles afférentes à ce type de nullité : d'une part la demande ne peut être formée que par la victime du dol ou par ses héritiers⁷²⁴ ; d'autre part le contrat est susceptible de confirmation ; enfin, l'action se prescrit par cinq ans à compter du jour de la découverte du vice⁷²⁵. Cette action de droit commun échappe en principe aux délais plus courts procédant de textes spéciaux. L'annulation peut être prononcée quelle que soit la nature de la convention dont la nullité est demandée. Outre les contrats et conventions de toute sorte, sont ainsi susceptibles d'être annulés les actes collectifs des sociétés et les actes unilatéraux, y compris ceux afférents à l'état des personnes ainsi que la transaction⁷²⁶. La distinction entre les actes onéreux et les actes à titre gratuit est ici inopérante. De plus, il convient de rappeler que l'annulation peut être écartée sur le fondement de l'adage *nemo auditur*. En dernier lieu s'agissant de la portée de l'annulation, la Cour de cassation a estimé que « *la victime d'un dol est en droit d'invoquer la nullité d'un contrat vicié contre un tiers qui se prévaut de celui-ci* »⁷²⁷.

⁷²³ Voir en ce sens : Cass. com., 3 mars 1975, *Bull. civ.* 1975, IV, n° 65. Voir également : Cass. 1^{ère} civ., 15 mai 1974, *Bull. civ.* 1974, I, n° 141. Ecartant le grief tiré d'une erreur de terminologie « restée sans influence sur la solution du litige

⁷²⁴ Voir en ce sens : Cass. 1^{ère} civ., 4 juillet 1995, *Bull. civ.* 1995, I, n° 291 ; *RTD civ.* 1996, p. 392, obs. J. Mestre.

⁷²⁵ L'article 1304 du Code civil dispose : « *Dans tous les cas où l'action en nullité ou en rescision d'une convention n'est pas limitée à un moindre temps par une loi particulière, cette action dure cinq ans. Ce temps ne court dans le cas de violence que du jour où elle a cessé ; dans le cas d'erreur ou de dol, du jour où ils ont été découverts. Le temps ne court, à l'égard des actes faits par un mineur, que du jour de la majorité ou de l'émancipation ; et à l'égard des actes faits par un majeur protégé, que du jour où il en a eu connaissance, alors qu'il était en situation de les refaire valablement. Il ne court contre les héritiers de la personne en tutelle ou en curatelle que du jour du décès, s'il n'a commencé à courir auparavant* ».

⁷²⁶ Voir en ce sens : Cass. soc., 12 février 1997, *Bull. civ.*, 1997, V, n° 61 ; *RTD civ.* 1997, p. 693 ; obs. P.Y. Gautier.

⁷²⁷ Voir en ce sens : Cass. 1^{ère} civ., 21 février 1995, *Bull. civ.* 1995, I, n° 91 ; *JCP. G* 1995, I, n° 9, p. 3867, obs. M. Bililau ; *RTD civ.* 1995, p. 883, obs. J. Mestre. En l'espèce, le vendeur d'un véhicule, qui n'avait pas été payé par l'acheteur et qui n'avait récupéré qu'une épave, a obtenu de son assureur le paiement de la valeur du bien : la

2 : La réparation du dol

660. Des actions en responsabilité délictuelle et en annulation — Le dol est un délit civil ; à ce titre, il ouvre droit à une action en réparation du préjudice subi par la victime. Il s'agit d'une action en responsabilité délictuelle fondée sur le droit commun de l'article 1382 du Code civil, la faute retenue étant par hypothèse antérieure à la conclusion du contrat. La réparation peut être demandée en plus de l'annulation dès lors que celle-ci laisse subsister un préjudice tel que l'existence d'un manque à gagner ou les frais liés à la conclusion du contrat. En cas de nullité pour dol du vendeur dans le cadre de la procédure de data-room, la demande de dommage et intérêts devrait donc couvrir l'intégralité des frais d'audits engagés par le candidat-acquéreur, nécessaires à la détermination de la valeur d'acquisition de l'immeuble. De surcroît, il est à noter qu'à la place de l'annulation, la réparation peut être demandée sous la forme d'une réduction du prix de vente⁷²⁸. L'action en dommages et intérêts est distinctes de celle en nullité, dont elle ne constitue pas l'accessoire⁷²⁹ ; de cette indépendance procèdent trois conséquences. En premier lieu, l'option entre l'annulation et la réparation appartient au seul demandeur, dès lors que les juges du fond ne peuvent substituer l'annulation aux dommages et intérêts, pas plus qu'ils ne pourraient substituer les dommages et intérêts à l'annulation⁷³⁰. Ensuite, l'action en responsabilité reste recevable quand bien même l'action en nullité ne le serait plus. Il en est ainsi spécialement en matière de prescription : l'action en réparation obéit à la prescription décennale, alors que l'action en nullité relève de la prescription quinquennale. En dernier lieu, les deux actions poursuivant des buts différents, la demande en réduction du prix formée pour la première fois en appel par un demandeur qui avait sollicité en première instance l'annulation, doit être déclarée comme étant nouvelle et à ce titre irrecevable⁷³¹. Si ces deux actions n'ont pas le même objet, elles n'en demeurent pas moins fondées sur la même cause qui réside dans les faits constitutifs du dol. Ainsi, une

vente étant nulle pour dol commis par l'acheteur, le contrat d'assurance n'avait pu être suspendu par application de l'article L 121-11 du Code des assurances.

⁷²⁸ Voir en ce sens : Cass. com., 14 mars 1972, *D.* 1972, p. 653, note J. Ghestin ; *Defrénois* 1973, art. 30293, p. 446, obs. J-L. Aubert.

⁷²⁹ Voir en ce sens : Cass. 1^{ère} civ., 4 octobre 1988, *Bull. civ.* 1988, I, n° 265 ; *D.* 1989, p. 229, obs. J.L. Aubert .

⁷³⁰ Voir en ce sens : Cass. com., 13 octobre 1980, *D.* 1981, p. 309, obs. J. Ghestin.

⁷³¹ Voir en ce sens : Cass. com., 18 janvier 1984, *Bull. civ.* 1984, IV, n° 23.

condamnation au paiement de dommages et intérêts peut-elle être fondée non seulement sur l'article 1382 du Code civil, mais aussi sur l'article 1116 du code précité⁷³².

661. Quid de la responsabilité des tiers – Lorsque le dol émane d'un tiers, le versement de dommages et intérêts est en principe la seule sanction recevable. Sa responsabilité peut être engagée non seulement dans les cas où il s'est rendu complice du dol, mais également dans ceux où il a rendu la tromperie possible par son imprudence ou sa négligence professionnelle⁷³³.

Après avoir analysé les conditions de la sanction du dol, il nous faut en appréhender les remèdes.

§ 2 : Les remèdes au dol lors de la procédure de data-room

662. Le régime et le contenu des déclarations du vendeur — En tant que principe directeur de la procédure de data-room, la transparence doit permettre aux parties d'aborder sereinement le risque d'erreur ou de suspicion de dol. La technique contractuelle visant à satisfaire à cet objectif de maîtrise du risque consiste à faire déclarer formellement au vendeur un ensemble de données inhérentes à l'immeuble dans l'acte authentique de vente. Sur cette base, l'acquéreur pourra par la suite chercher à engager la responsabilité du vendeur en cas de mensonge. Partant, le régime de la vente d'immeuble impose au vendeur un ensemble de déclarations dont la genèse est à rechercher dans le caractère écrit que revêt nécessairement la vente à des fins de publication. Cette pratique visait originellement à combattre l'habitude de certains vendeurs qui se retranchaient derrière leur silence pour gérer le risque d'engagement de leur responsabilité pour dol, conscients des difficultés de preuve rencontrées par l'acquéreur. Pour éviter cette institutionnalisation du silence, le législateur a naturellement imposé au vendeur de déclarer. Ce faisant, il a érigé en principe le fait que l'absence de déclaration devait être appréciée comme constitutive d'une présomption de dol et ce au nom de la transparence. Il existe deux types de présomptions : celles résultant d'une présomption

⁷³² Voir en ce sens : Cass. com., 13 octobre 1980, cf ci-dessus.

⁷³³ Voir en ce sens : Cass. 1^{ère} civ., 20 octobre 1998, *Bull. civ.* 1998, I, n° 305 ; *RTD civ.* 1999, p. 90 obs. J. Mestre. Pour un exemple de faute commise par le notaire rédacteur de l'acte.

légale de dol et celles effectuées sous la responsabilité du notaire. Les premières sont inhérentes d'une part à la mention de bornage de l'immeuble non loti à bâtir ou à étendre, et d'autre part à la consistance ou superficie de l'immeuble vendu. Les secondes visent quant à elles les divisions de terrain. Nous ne traiterons pas ici de ces déclarations puisqu'au moment de traiter du formalisme de la promesse de vente, nous avons pu aborder les questions inhérentes à la désignation ainsi qu'à la superficie de l'immeuble. En revanche, nous apprécierons les déclarations instituées par la pratique sous la responsabilité des notaires dont il nous faudra analyser le régime (I) afin de percevoir comment celles-ci permettent une gestion efficiente de ce risque de nullité (II).

I : Le régime des déclarations du vendeur sur l'immeuble

663. L'intérêt des déclarations du vendeur et de l'exemple de quelques déclarations usuelles en matière de vente d'immeuble — Effectuée sous le contrôle du notaire, les déclarations du vendeur donneront lieu à une âpre négociation entre les parties. En effet, en sa qualité de futur « ancien propriétaire de l'immeuble », le vendeur souhaitera se dégager le plus rapidement de la gestion de celui-ci. Toute intervention ultérieure à la vente sur l'immeuble représentera financièrement une perte pour lui dès lors qu'elle ne pourra être valorisée. Ainsi, insistera-t-il pour stipuler une clause de non-garantie des vices cachés dans l'acte. Partant, l'acquéreur est aussi animé par une logique financière ; il souhaitera s'assurer que l'acquisition ne lui coûte pas plus que ce qu'il a pu initialement anticiper dans son modèle économique d'acquisition, toute intervention non prévue s'analysant comme un surcoût. Pour concilier ces intérêts divergents, l'acquéreur qui acceptera une clause de non-garantie souhaitera s'assurer que le vendeur déclare l'absence d'un certain nombre de vices ou de charges grevant l'immeuble (B). Ces déclarations devront alors être analysées comme autant de mécanismes de protection avancée propres à annuler l'effet des clauses de non garantie et à prémunir l'acquéreur contre la commission d'un dol, en facilitant la démonstration de la mauvaise foi du vendeur(A).

A : Les déclarations du vendeur en tant que mécanisme de protection avancé visant à contrer l'effet des clauses de non-garantie

664. Les déclarations du vendeur simplifient la démonstration de son éventuelle mauvaise foi — La principale raison justifiant les déclarations notariées du vendeur dans l'acte de vente est de pouvoir le compléter dans la même logique que celle présidant à la rédaction des déclarations légales, c'est-à-dire attester de la bonne foi du vendeur. En effet, dans la majorité des cas de ventes portant sur un immeuble envisagé dans le cadre de la procédure de data-room, celui-ci aura introduit des clauses de non-garantie des vices cachés, justifiées par la recherche légitime de la paix des familles et qui s'opposeront à tous recours de l'acquéreur. Cependant, de telles clauses ne pourront produire d'effet que sous réserve de la bonne foi du vendeur. Partant, pour obtenir réparation de son préjudice, l'acquéreur devra nécessairement démontrer que son cocontractant avait la connaissance d'un vice affectant l'immeuble lors de la vente de manière à pouvoir caractériser sa mauvaise foi. Comme nous avons pu le voir précédemment, cette démarche est loin d'être facile. Les déclarations du vendeur devront alors rendre cette démonstration plus aisée et permettre un engagement simplifié de sa responsabilité en caractérisant sa mauvaise foi. Il s'ensuivra alors que la clause de non-garantie sera non-opposable à l'acquéreur. Une déclaration faite par le vendeur sur une qualité de l'immeuble peut donc le constituer de mauvaise foi et entraîner sa garantie pour des vices cachés. Ces déclarations deviennent alors un mécanisme de protection avancé de l'acquéreur contre l'effet des clauses de non-garantie en cas de mauvaise foi du vendeur. Cependant, les déclarations de ce dernier dans l'acte peuvent également avoir pour effet de limiter les clauses de garantie des vices cachés sans considération de bonne ou de mauvaise foi, en affirmant l'absence de vice sur un point précis. Il s'agit alors d'une véritable déclaration de garantie.

665. L'importance de la rédaction de la clause et ses effets — Pour illustrer notre propos, prenons l'exemple d'une clause portant sur le raccordement à l'égout de l'immeuble cédé. Dès lors qu'elle serait stipulée de la façon suivante : « *Le vendeur déclare qu'il n'est pas porté à sa connaissance que le raccordement à l'égout ne soit pas conforme aux normes en*

vigueur »⁷³⁴, il ne s'agirait que d'une simple déclaration de bonne foi. En revanche, si une telle clause était stipulée de la façon suivante : « *Le vendeur déclare que le raccordement à l'égout est conforme à la réglementation en vigueur* »⁷³⁵ alors il s'agit d'une déclaration de garantie. Partant, dans le premier de ces deux exemples, en cas de réseaux différenciés eaux vannes eaux-pluviales, le branchement de type unitaire non conforme est un vice caché qui se trouve le plus souvent couvert par la garantie des vices cachés. Ainsi, du fait de la déclaration, le vendeur sera-t-il protégé par la clause de non-garantie s'il est de bonne foi, ou au contraire exposé à garantie s'il est démontré qu'il avait reçu un avis de la mairie l'informant de la non-conformité. Dans ce cas de figure, le vendeur est également de mauvaise foi pour avoir déclaré qu'il ignorait cette information, et, ce faisant, la clause de non-garantie ne pourra pas jouer. À défaut de déclaration, l'acquéreur aurait dû caractériser en sus le caractère volontaire de l'omission de l'information pour obtenir la garantie. Dans le second cas de figure, le vendeur qui pense un peu trop hâtivement que son immeuble est conforme à la réglementation en vigueur (simplement parce qu'il n'a pas reçu de courrier de mise en demeure) offre contractuellement une garantie à son acquéreur portant sur la conformité du branchement. La non-conformité de l'installation apparaît alors comme un défaut d'exécution de l'obligation de délivrance du vendeur, susceptible d'entraîner l'engagement de sa responsabilité contractuelle. Cette affirmation spéciale peut ainsi déroger à la clause de non-garantie concernant la conformité des normes à l'installation.

B : L'insertion des déclarations du vendeur dans le corps de l'acte

666. Quid du rattachement des déclarations du vendeur aux stipulations qui leur sont afférentes ou de leur traitement au sein d'un chapitre dédié — La rédaction des déclarations du vendeur n'est pas uniforme. Se pose alors la question suivante : faut-il rattacher ces clauses à chacune des stipulations qui leur sont afférentes, ou faut-il au contraire les traiter séparément dans le corps de l'acte en les regroupant au sein d'un chapitre dédié ? Confrontée directement à la stipulation de non-garantie, la déclaration du vendeur permet une meilleure appréciation sur la portée réelle de sa déclaration. De surcroît, ce choix permet une

⁷³⁴ Cette clause est extraite de : *Vente d'immeuble, sécurité et transparence, 3^{ème} commission : la rédaction de l'acte*, 99^{ème} congrès des notaires de France, Deauville, 25-28 mai 2003, ACNF.

⁷³⁵ *Ibidem*.

automatisation de la rédaction de l'acte, le choix d'une déclaration comportant automatiquement l'introduction de la déclaration correspondante. Cependant, force est de constater que cette méthodologie souffre de deux lacunes. La première renforce l'effet de lourdeur de la rédaction de l'acte de vente dès lors qu'elle présuppose de passer successivement du style propre aux déclarations à celui propre aux stipulations. Le seconde induit que la déclaration du vendeur ne peut se faire par mandataire interposé sans que l'intégralité de leur contenu ne soient reprise dans le pouvoir. À défaut, le mandataire risque de voir sa propre responsabilité engagée si la déclaration se révèle fausse et engage le mandant. Partant, cette dernière remarque plaide pour un regroupement des toutes les déclarations dans un chapitre spécial qu'il est facile d'insérer intégralement dans les pouvoirs du vendeur.

II : L'objet des déclarations du vendeur

667. L'objet des déclarations du vendeur : les vices possibles et charges susceptibles de grever l'immeuble — Les déclarations du vendeur porteront classiquement sur les vices susceptibles d'affecter l'immeuble (**A**) ainsi que sur les charges pouvant potentiellement le grever (**B**). Nous présenterons donc les clauses usuelles se rapportant à ces deux catégories en matière de vente d'immeuble.

A : Les vices possibles de l'immeuble

668. Les différents types de vices pouvant faire l'objet de déclarations spécifiques — Les vices susceptibles d'affecter l'immeuble sont autant de facteurs de nature à induire une suspicion de réticence dolosive de la part du vendeur. Ainsi, l'acquéreur tentera-t-il d'obtenir de lui un maximum de déclaration sur ces vices possibles au regard du régime des déclarations du vendeur, permettant de justifier des questions posées. Au regard des audits réalisés antérieurement et du rapport de force s'étant instauré entre les parties, le champ de ces déclarations est extrêmement large. Nous pouvons citer les déclarations suivantes de manière non exhaustive :

« Le vendeur déclare que l'immeuble n'est pas raccordé au réseau public d'assainissement, qu'à sa connaissance le système d'assainissement est en bon état et

fonctionne ; qu'à sa connaissance cette installation n'est pas en infraction avec les normes actuelles, étant précisé que cette installation n'a pas fait l'objet de contrôle ».

« Le vendeur déclare qu'à sa connaissance l'immeuble ne comporte pas d'amiante ou de produits amiantés ».

« Le vendeur déclare qu'à sa connaissance l'immeuble vendu n'a fait l'objet d'aucune attaque de termites ou autres insectes xylophages ».

« Le vendeur déclare qu'à sa connaissance, dans et sur l'immeuble vendu, il n'a été exploité aucune installation soumise à autorisation au titre de la législation sur les installations classées ».

B : Les charges susceptibles de grever l'immeuble

669. Les différentes charges pouvant faire l'objet de déclarations spécifiques —

Les charges susceptibles de grever l'immeuble vont faire l'objet de nombreuses déclarations. Il s'agira alors pour l'acquéreur de faire déclarer au vendeur que l'immeuble est libre d'hypothèque, qu'il est en libre disposition entre ses mains, qu'il ne fait l'objet d'aucune saisie, d'aucune emprise des collectivités publiques, d'aucun alignement, d'aucune procédure d'expropriation, d'aucun arrêté de péril, d'aucune interdiction d'exploiter etc. Cette liste à un champ très vaste et va une fois encore dépendre des relations entre le vendeur et l'acquéreur et du rapport de force qui se sera instauré entre eux. Partant, nous avons retenu à titre d'exemple les déclarations suivantes :

« Le vendeur déclare qu'il n'a été conféré ni laissé acquérir aucune servitude sur le bien vendu et qu'à sa connaissance, il n'en existe aucune autre que celles éventuellement indiquées »

« Le vendeur déclare que l'immeuble est libre de tout privilège, hypothèque conventionnelle ou autre »

« Le vendeur déclare que l'immeuble vendu est libre d'occupation et qu'il ne fait l'objet d'aucun contrat d'affichage ».

« Le vendeur déclare qu'il n'a conféré à personne d'autre que l'acquéreur, un droit quelconque sur ce bien résultant d'une promesse de vente, d'un droit de préférence ou de préemption, d'une clause d'inaliénabilité, et qu'il n'existe aucun empêchement à cette vente »

Il est à noter en dernier lieu que l'acquéreur est lui aussi concerné par ces déclarations. Celles-ci sont moins nombreuses et ont souvent pour objet de l'obliger à respecter ses engagements de bonne foi en évitant qu'il ne puisse recourir à l'erreur pour se délier de celui-ci. C'est ce qu'illustre la déclaration dans laquelle il reconnaît avoir visité le bien, cette affirmation visant surtout à prémunir le vendeur de l'efficacité de la règle légale de non-garantie des vices apparents.

Conclusion du Chapitre 1

Le risque tenant à la nullité de la vente sur le fondement des vices du consentement

670. La maîtrise du risque tenant à la nullité de la vente sur le fondement des vices du consentement par le biais de la technique contractuelle — La conclusion de l'acte de vente ne signifie pas la disparition du juridique afférent à la vente dès lors que la nullité de la convention pourra être demandée par l'une ou l'autre des parties sur le fondement des vices du consentement, qu'il s'agisse de l'erreur sur les qualités substantielles de la chose ou du dol. Le risque de nullité de la convention procédant de l'erreur spontanée semble avoir un champ d'application peu compatible avec la procédure de data-room qui présuppose de mettre en présence des parties ayant la qualité de professionnels de l'immobilier. L'acquéreur qui a investi dans des audits coûteux est censé avoir une connaissance des différentes composantes de l'immeuble. Le caractère excusable de l'erreur s'appréciant de façon beaucoup plus restrictive que pour un acquéreur profane, sa demande en nullité aura peu de chance de prospérer. De surcroît, le vendeur imposera un ensemble de stipulations à l'acquéreur dans lesquelles il déclarera qu'il a bénéficié de toutes les conditions nécessaires à la détermination du prix de l'immeuble lors de ses visites de l'immeuble. Ainsi, l'erreur en tant que premier écueil à la validité du contrat dans le futur peut-elle être relativement maîtrisée par les parties. En revanche, le dol semble avoir beaucoup plus de chances d'entraîner la nullité du contrat. Apprécié dans le contexte de la procédure de data-room, sa démonstration sera plutôt celle d'une réticence dolosive. En effet, il peut être tentant pour le vendeur de ne pas être totalement transparent sur les éléments qu'il communique dans la data-room, dès lors que certains d'entre eux sont de nature à minorer la valeur d'acquisition de l'immeuble. Cette opacité n'est pas un outil de maîtrise du risque efficace, dès lors que l'acquéreur exigera presque toujours des déclarations de la part du vendeur sur les éléments afférents à l'immeuble sur lesquels il n'a pas pu se faire une opinion. L'effet de ses déclarations portant sur l'absence de tels vices ou de telles charges grevant l'actif immobilier sera de priver d'effet une potentielle clause de non-garantie et donc d'obliger le vendeur à leur prise en charge financière, assortie du paiement de dommages et intérêts. Par conséquent, même si la nullité peut être évitée et le vice maîtrisé sur le fondement de la garantie des vices cachés, celui-ci ne doit pas être de nature à obérer trop fortement la valeur de l'immeuble. Dans le cas contraire, l'acquéreur n'aura plus (au regard de

son modèle économique d'acquisition) aucun intérêt à le détenir. Pour contrôler intelligemment le risque de nullité de la vente sur le fondement de la réticence dolosive, il appartient en premier lieu au vendeur d'organiser la procédure de data-room, quitte à céder l'immeuble à un prix légèrement inférieur à ce qu'il aurait désiré ; plutôt que de voir la vente annulée par la suite sur le fondement d'un comportement intentionnellement préjudiciable à son cocontractant, qui ne manquerait pas de porter un formidable coup d'épée au crédit de la société venderesse.

Chapitre 2 : La négociation des garanties

671. L'acte de vente et la négociation des garanties — Le Code civil met à la charge du vendeur d'immeuble « des obligations de garanties » qui ont une part d'originalité au regard des obligations classiques. En effet, la notion de garantie comporte une idée d'automaticité normalement étrangère à celle de responsabilité ou de faute. Ainsi, le vendeur pourra-t-il être appelé en garantie sans que sa bonne foi ou sa diligence lors de la vente ne soient remises en question.

En premier lieu, l'obligation de garantie peut se définir comme étant l'obligation que la loi ou le contrat imposent à celui qui transmet la propriété d'un immeuble, de prendre fait et cause pour celui auquel il a transféré ses droits lorsqu'un tiers vient à contester ceux de ce dernier. En second lieu, la garantie est aussi l'obligation légale ou conventionnelle entraînant la responsabilité du vendeur qui a livré une chose dépourvue de qualités essentielles en vue desquelles l'acheteur en a fait l'acquisition.

Partant, l'obligation de garantie appréciée lors de la vente d'immeuble aura nécessairement une double composante. La première sera la garantie d'éviction, de nature purement juridique, la seconde sera la garantie des vices contre les malfaçons de nature économique. Dans le cadre de la présente étude nous en ajouterons une troisième procédant de l'obligation de délivrance : la garantie de contenance.

Dans le contexte de la procédure de data-room, l'acte de vente doit être perçu comme étant le siège de la négociation de ces différentes garanties visant à mettre en place des mécanismes juridiques permettant de prémunir le vendeur contre une éventuelle perte de valeur de l'immeuble postérieurement à la vente.

La différence entre ces garanties réside dans le fait que la garantie d'éviction vient parer à l'impossibilité d'exploiter normalement l'immeuble au regard d'une revendication fondée sur l'existence d'un droit de propriété concurrent à celui du vendeur, les deux autres prennent en compte cette même impossibilité mais seulement à raison d'un défaut affectant l'immeuble, ou de la délivrance d'un immeuble d'une contenance différent de ce qui a pu être stipulé dans l'acte de vente. En considération de cette distinction fondamentale, il apparaît que les parties ne pourront jamais exclure la garantie d'éviction alors qu'elles pourront renoncer à l'application complète de la garantie des vices cachés ainsi qu'à la garantie de contenance. Il

nous faudra donc les aborder en les distinguant selon qu'elles peuvent ou non être exclues de l'acte de vente et selon les différents aménagements que peuvent y apporter les parties.

Nous analyserons dans un premier temps la garantie d'éviction (**Section 1**), puis, dans un second temps les garanties des vices cachés et de contenance (**Section 2**).

Section 1 : La négociation de la garantie d'éviction

672. Le régime de la garantie d'éviction et ses aménagements contractuels —

La garantie d'éviction vise à préserver l'acquéreur contre le risque d'être évincé de la chose, c'est-à-dire d'être privé de sa possession paisible, voire de sa propriété. Elle est régie par les articles 1626 à 1640 du Code civil qui traitent tant de l'éviction du fait personnel que de celle du fait des tiers. La garantie d'éviction du fait personnel est celle par laquelle le vendeur s'engage à ne pas troubler la jouissance du nouveau propriétaire du bien vendu par un trouble de fait. La garantie d'éviction du fait des tiers est celle par laquelle le vendeur s'engage à prendre fait et cause pour l'acquéreur dès lors que des tiers viendraient troubler sa jouissance en revendiquant un droit sur l'immeuble.

En cas d'éviction, l'acquéreur peut procéder soit par voie d'action et demander au vendeur de respecter sa garantie ; soit par voie d'exception et intenter un procès pour revendiquer sa garantie. Le vendeur ne pourra jamais exclure contractuellement la garantie d'éviction qu'il doit à l'acquéreur, même si, au regard des conséquences qu'elle emporte, il pourrait y avoir grandement intérêt. En effet, la protection de l'acquéreur contre l'éviction dont il pourrait être victime est d'ordre public et résulte de l'article 1628⁷³⁶ du Code civil. Le vendeur pourra toutefois chercher à limiter sa responsabilité en recourant à la stipulation de clauses limitatives ou restrictives de responsabilité. Partant, il nous faudra déterminer tant le champ d'application que le régime de la garantie d'éviction (§1) pour apprécier les possibles aménagements contractuels dont elle pourra être l'objet (§2).

⁷³⁶ L'article 1628 du Code civil dispose que : « *quoiqu'il soit dit que le vendeur ne sera soumis à aucune garantie, il demeure cependant tenu de celle qui résulte d'un fait qui lui est personnel : toute convention contraire est nulle* ».

§1 : Le fonctionnement de la garantie d'éviction

673. Le champ d'application et le régime de la garantie d'éviction — Il résulte des termes de l'article 1625⁷³⁷ du Code civil que le vendeur doit garantir à l'acquéreur la possession paisible du bien vendu et ce même si l'acte de vente ne mentionne pas de garantie spécifique. Ainsi, doit-il le prémunir contre l'éviction dont il pourrait souffrir dans la totalité ou une partie de l'immeuble cédé, ou contre les prétendues charges non déclarées sur l'immeuble. Partant, il nous faudra déterminer le champ d'application de cette garantie **(I)**, puis en analyser le régime **(II)**.

I : Le champ d'application de l'éviction

674. La garantie du fait personnel et la garantie du fait des tiers — Il y aura éviction toutes les fois qu'un trouble sera apporté à la jouissance paisible du bien à laquelle tout acquéreur est en droit de prétendre. Tel sera le cas lorsque l'acquéreur subira une atteinte à son droit de propriété prétendument fondé sur un droit, qu'elle soit le fait du vendeur ou d'un tiers. Ainsi en sera-t-il si un tiers se prétend propriétaire de l'immeuble vendu ou bien si le vendeur estime avoir conservé sur l'immeuble un droit réel ou avoir recouvré la propriété de l'immeuble par l'effet de la prescription acquisitive. Quelle que soit la nature du trouble invoqué, la garantie d'éviction ne pourra être mise en œuvre qu'à la condition impérative que les troubles affectant l'immeuble aient été compris dans la vente. Partant, la décision de justice ayant attribué une parcelle de terrain à un tiers et exclu celle-ci de la cession, n'impose pas pour le vendeur de la garantir au regard de l'éviction⁷³⁸. Sous une terminologie unique, l'article 1626 couvre les évictions du vendeur lui-même : il s'agira alors de la garantie des faits personnels **(A)**. Il prend également en compte le fait des tiers **(B)**.

⁷³⁷ L'article 1626 du Code civil dispose : « *Quoique lors de la vente il n'ait été fait aucune stipulation sur la garantie, le vendeur est obligé de droit à garantir l'acquéreur de l'éviction qu'il souffre dans la totalité ou partie de l'objet vendu, ou des charges prétendues sur cet objet, et non déclarées lors de la vente* ».

⁷³⁸ Voir en ce sens : Cass. 3^{ème} civ., 8 décembre 1969, *Bull. civ.* 1969, III, n° 805.

A : La garantie d'éviction du fait personnel

675. Les conditions de la garantie — La garantie d'éviction du fait personnel proscrit au vendeur d'accomplir tout acte de nature à troubler la jouissance de l'immeuble vendu. Concrètement, l'esprit de la loi consiste à l'empêcher de reprendre sous quelque forme que ce soit le profit qu'il a vendu à l'acheteur. Pour pouvoir donner lieu à indemnisation, encore faut-il que le trouble résulte réellement du fait du vendeur. La condition ne sera pas remplie, à titre d'exemple, si l'autorisation de construire afférente à l'immeuble a par la suite été rapporté par arrêté préfectoral postérieurement à l'acte de vente et que le nouveau permis n'a autorisé que la construction d'un bâtiment d'une moindre ampleur⁷³⁹. Lorsque le vendeur est une personne morale, l'interdiction de troubler la jouissance de l'acheteur pèse nécessairement sur le dirigeant et les personnes qu'il pourrait interposer pour échapper à ses obligations. Retenue par la Cour de cassation à propos de la cession d'un fonds de commerce⁷⁴⁰, cette solution ne peut être que transposable à la vente immobilière. Pour être garanti, le trouble de droit ou de fait doit survenir postérieurement au transfert de la propriété de l'immeuble⁷⁴¹.

676. Quelques exemples de troubles de droit et de fait — les troubles de droit et de fait rapportés à la procédure de data-room restent confinés au domaine du cas d'école. Nous pourrions cependant envisager qu'un trouble de droit puisse être retenu dans le cas d'une seconde cession de l'immeuble du fait du vendeur alors que la première vente n'a pas encore été publiée⁷⁴², ou bien encore à une prétention du vendeur qui arguera d'avoir conservé la possession du bien qu'il aurait acquis par l'effet de la prescription⁷⁴³, ou enfin lorsque celui-ci se prétendra titulaire d'un droit résultant d'une servitude sur le bien vendu, ou titulaire d'un droit d'usufruit.

⁷³⁹ Voir en ce sens : Cass. 3^{ème} civ., 24 avril 1975, *Bull. civ.* 1975, III, n° 144. « *Il n'appartient pas au vendeur de garantir un acte unilatéral de l'administration entrant dans ses pouvoirs de police et relevant d'une réglementation spécifique* ».

⁷⁴⁰ Voir en ce sens : Cass. com., 24 mai 2005, *RJDA* septembre 2005, n° 962.

⁷⁴¹ Voir en ce sens : Cass. 3^{ème} civ., 5 octobre 1994, *Bull. civ.* 1994, III, n° 168.

⁷⁴² Voir en ce sens : Cass. 3^{ème} civ., 29 avril 1981, *Bull. civ.* 1981, III, n° 88.

⁷⁴³ Voir en ce sens : Cass. civ., 13 mai 1912, *DP.* 1913, I, p. 143 ; Cass. 3^{ème} civ., 20 octobre 1981, *Bull. civ.* 1981, III, n° 168 ; Cass. 3^{ème} civ., 14 juin 1983, *Gaz. Pal.* 1983, p. 312.

Dans le même sens, nous pourrions retenir un trouble de fait pour le cas où le vendeur aurait conservé la propriété d'une partie du terrain d'emprise de l'immeuble commercial, et y aurait édifié une construction privant l'acquéreur de l'ensoleillement et de l'exercice de la servitude de vue⁷⁴⁴. Dans le même sens, est constitutive d'un trouble de fait l'élévation d'un mur sur le terrain conservé par le vendeur et contigu au fond cédé, ayant pour conséquence d'en modifier les conditions d'éclairage⁷⁴⁵. Restant propriétaire d'un terrain contigu à celui cédé, le vendeur peut en principe accomplir légitimement tous les actes procédant de son droit de propriété dès lors qu'ils ne relèvent pas d'un trouble anormal du voisinage.

B : La garantie d'éviction du fait d'un tiers

677. La garantie d'éviction proprement dite et de la garantie des charges non déclarées — La garantie du fait des tiers a un champ d'application plus restreint que celle du fait personnel. Bien que le législateur ne fasse aucune distinction entre les troubles de droit et les troubles de fait, il ressort de la jurisprudence qu'elle ne semble s'appliquer qu'aux seuls troubles de droit. Dès lors qu'un tiers conteste l'existence, la nature ou encore l'étendue du droit dont se prévaut l'acquéreur sur l'immeuble, il est logique de faire peser une obligation de garantie à la charge du vendeur. En effet, celui-ci est censé connaître la situation juridique du bien vendu. Cependant, il n'en demeure pas moins étranger aux troubles subis par l'acquéreur et n'a pas le pouvoir d'empêcher un tiers de lui porter atteinte. Partant, il semble logique qu'il ne soit pas obligé de les garantir, l'acquéreur étant le seul à pouvoir défendre son bien et ses droits. Ainsi, les troubles de fait sont-ils traditionnellement exclus de la garantie. Néanmoins, nous constatons qu'en matière de bail, là où l'article 1725 du Code civil⁷⁴⁶ exclut les troubles de fait de la garantie de jouissance paisible due par le bailleur au preneur, la jurisprudence tend à admettre que cette garantie puisse être mise en œuvre dès lors que les troubles ont pu intervenir à raison d'une faute imputable au bailleur⁷⁴⁷. Ce principe nous paraît légitimement transposable à la vente d'immeuble, dès lors que le Code civil n'a prévu aucune exclusion

⁷⁴⁴ Voir en ce sens : Cass. 1^{ère} civ., 29 novembre 1955, *JCP. G* 1956, II, n° 9216.

⁷⁴⁵ Voir en ce sens : Cass. req., 3 avril 1986, *DP*. 1987, I, p. 61.

⁷⁴⁶ L'article 1725 du Code civil dispose : « *Le bailleur n'est pas tenu de garantir le preneur du trouble que des tiers apportent par voies de fait à sa jouissance, sans prétendre d'ailleurs aucun droit sur la chose louée ; sauf au preneur à les poursuivre en son nom personnel* ».

⁷⁴⁷ Voir en ce sens : Cass. 3^{ème} civ., 28 février 1990, *Bull. civ.* 1990, III, n° 63.

expresse. En tout état de cause, l'obligation de garantie du fait des tiers poursuit un double objectif. D'une part, elle impose au vendeur de défendre les intérêts de l'acquéreur afin de faire rejeter la prétention du tiers en cas d'éviction (1). D'autre part, elle consiste à avertir celui-ci de toutes les charges qui grèvent l'immeuble, de sorte qu'il soit garant de toutes les charges non déclarées (2).

1 : La garantie d'éviction proprement dite

678. Les caractéristiques du trouble de droit — Classiquement, l'éviction pourra être retenue à chaque fois que l'acquéreur n'aura pas reçu l'intégralité du droit qu'il a acquis, dès lors qu'un tiers aura émis une prétention juridique sur l'immeuble cédé. Ainsi, le tiers pourra-t-il prétendre être lui-même propriétaire de l'immeuble et exercer à ce titre une action en revendication. Dans le même sens, il ne pourra se prévaloir que de l'existence d'un droit personnel. Il a cependant été jugé que l'existence d'un bail sur l'immeuble cédé n'était pas de nature à permettre à l'acquéreur d'invoquer la garantie d'éviction, mais relevait de la garantie des charges⁷⁴⁸.

Le trouble doit présenter un certain nombre de caractéristiques. Il doit trouver son origine dans un fait antérieur à la vente. De plus, la jurisprudence admet que le vendeur devra également garantir l'acquéreur contre l'éviction subie du fait de l'inscription hypothécaire prise par un de ses créanciers entre la conclusion et la publication de la vente⁷⁴⁹. L'importance du trouble n'a pas à être prise en compte pour la mise en œuvre de la garantie. Elle peut cependant avoir une incidence sur les demandes de l'acheteur. L'éviction peut alors être totale lorsque l'acquéreur se trouve privé de l'intégralité de son droit sur le bien acquis, ou partielle lorsqu'elle ne porte que sur une fraction de celui-ci. En revanche, l'éviction supposera toujours l'existence d'un trouble actuel et non simplement éventuel. Il faut alors que le tiers ait clairement manifesté son intention de faire valoir un droit sur l'immeuble et contesté celui dont se prévaut l'acquéreur. Le plus souvent, cette intention se matérialise sous forme d'acte

⁷⁴⁸ Voir : Cass. soc., 10 juillet 1962, *Bull. civ.* 1962, IV, n° 640.

⁷⁴⁹ Voir en ce sens : Cass. 1^{ère} civ., 9 décembre 1975, *Bull. civ.* 1975, I, n° 364. En l'espèce il est à noter que la solution de la Cour est essentiellement motivée par le fait que le vendeur ne s'était pas préoccupé du sort que l'administration fiscale avait réservé à sa déclaration, et qu'il avait transmis ce document au notaire avec du retard, ce qui avait contribué au retard de la publication.

judiciaire tel une action en revendication⁷⁵⁰, en nullité ou en rescision de la vente antérieure⁷⁵¹. En principe, la simple connaissance par l'acquéreur de l'existence d'un droit au profit d'un tiers susceptible de l'évincer n'est pas suffisante pour obliger le vendeur à agir en garantie. Partant, l'acquéreur qui découvrirait l'existence d'inscriptions hypothécaires ne peut agir en garantie contre le vendeur que postérieurement à la survenance d'un trouble dans sa jouissance paisible du fait des créanciers, c'est-à-dire après avoir reçu la sommation de payer ou de délaisser⁷⁵².

Il existe des possibilités pour le vendeur de s'exonérer de sa garantie. En premier lieu, celui-ci n'est jamais tenu de garantir une éviction résultant d'une faute de l'acquéreur⁷⁵³. L'acquéreur ayant négligé de faire transcrire son droit de propriété et dont l'immeuble a été saisi par un créancier du vendeur ne peut appeler ce dernier en garantie, dès lors que pour les tiers il est toujours propriétaire⁷⁵⁴. Il en va de même pour l'acquéreur qui néglige d'interrompre une prescription acquisitive⁷⁵⁵. Lorsqu'ils apprécient la faute de négligence ou d'imprudence de l'acquéreur, les juges prennent en considération sa qualité professionnelle. En second lieu, le vendeur ne peut être appelé en garantie à chaque fois que l'éviction résultera de la force majeure ou d'un changement de réglementation⁷⁵⁶. Il devra néanmoins garantir l'éviction lorsqu'elle trouvera sa cause dans le fait de l'autorité publique postérieurement à la vente et que celle-ci sera la conséquence de ses propres agissements antérieurement à la cession, l'acquéreur étant impuissant à en empêcher les effets⁷⁵⁷. Il est par ailleurs impossible pour le vendeur de tenter de s'exonérer en invoquant que l'acquéreur avait eu connaissance du risque lors de la préparation de la vente⁷⁵⁸.

⁷⁵⁰ Voir en ce sens : Cass. 3^{ème} civ., 2 octobre 1979, *JCP. G* 1979, IV, p. 362.

⁷⁵¹ Voir en ce sens : Cass. 3^{ème} civ., 26 mai 1992, *Bull. civ.* 1992, III, n° 176.

⁷⁵² Voir en ce sens : CA Douai, 8 mai 1895, *DP.* 1892, II, p. 541.

⁷⁵³ Voir en ce sens : Cass. 1^{ère} civ., 21 mars 2000, *RJDA* juin 2000, n° 642.

⁷⁵⁴ Voir en ce sens : Cass. civ., 11 janvier 1893, *DP.* 1895, I, p. 179.

⁷⁵⁵ Voir en ce sens : TGI Strasbourg, 13 juin 1969, *JCP. G* 1970, IV, p. 216

⁷⁵⁶ Voir en ce sens : Cass. civ., 17 février 1863, *DP.* 1863, I, p. 93.

⁷⁵⁷ Voir en ce sens : Cass. 1^{ère} civ., 28 avril 1976, *D.* 1976, p. 464.

⁷⁵⁸ Voir en ce sens : Cass. civ., 9 mars 1937, *DH.* 1937, p. 253.

2 : La garantie des charges non déclarées

679. Les charges connues et les charges ignorées par le vendeur — En vertu des dispositions de l'article 1638 du Code civil, si le bien vendu se trouve grevé sans qu'il n'ait été fait mention de servitudes non apparentes lors de la vente, et que celles-ci sont d'une importance telle que l'acquéreur n'aurait probablement pas acheté s'il en avait connaissance, alors il pourra alors demander la résiliation du contrat ou une indemnité. Par opposition à l'éviction que nous avons abordée jusqu'alors et qui a pour effet d'entraîner une atteinte au droit de propriété lui-même, la charge au sens de l'article 1638 du Code civil suppose l'existence d'un droit entraînant une atteinte à la jouissance de l'immeuble. Il peut s'agir tant d'un droit réel que d'un droit personnel, alors même que l'article 1638 du code précité ne vise que les servitudes. Pour sa part, la jurisprudence étend la garantie d'éviction à toute sujétion ayant pour conséquences de diminuer l'usage du bien. Partant, il nous appartiendra de traiter successivement des charges connues ou réputées connues de l'acquéreur **(a)** et de celles ignorées du vendeur **(b)**.

a : Les charges connues ou réputées connues de l'acquéreur

680. L'exclusion de la garantie en cas de charges connues de l'acquéreur — Pour que le vendeur soit tenu de garantir la jouissance paisible de l'acquéreur, encore faut-il que celui-ci ait ignoré la menace d'éviction. Aussi convient-il d'exclure d'une part la garantie pour les servitudes apparentes ou celles réputées connues de l'acquéreur, et d'autre part lorsque des charges n'ayant pas été déclarées dans l'acte de vente ont été portées à sa connaissance effective. Sont visées en premier lieu les charges conventionnelles apparentes, regroupant les charges ou servitudes qui s'annoncent par des ouvrages extérieurs⁷⁵⁹ ou qui ont un signe extérieur permettant de les identifier comme tels⁷⁶⁰. À titre d'exemple il pourra s'agir de servitude d'égout et de pompage d'eau dont l'état des lieux laissait aisément présager de

⁷⁵⁹ Voir en ce sens : L'article 689 alinéa 2 du Code civil dispose : « *Les servitudes apparentes sont celles qui s'annoncent par des ouvrages extérieurs, tels qu'une porte, une fenêtre, un aqueduc* ».

⁷⁶⁰ Voir en ce sens : résultant d'une lecture a contrario de l'article 689 alinéa 3 du Code civil disposant que : « *Les servitudes non apparentes sont celles qui n'ont pas de signe extérieur de leur existence, comme, par exemple, la prohibition de bâtir sur un fonds, ou de ne bâtir qu'à une hauteur déterminée* ».

l'existence⁷⁶¹. Une charge grevant un immeuble ne perd pas son caractère non apparent lorsqu'elle a fait l'objet d'une publication avant la vente⁷⁶². En second lieu, sont visées les charges légales ou administratives. Elles sont réputées connues de l'acquéreur à chaque fois qu'elles seront considérées comme une conséquence normale de la nature ou de la situation de l'immeuble⁷⁶³, ou bien encore lorsqu'elles procèdent du régime ordinaire de la propriété telle une servitude de passage⁷⁶⁴. En dernier lieu, les charges effectivement connues de l'acquéreur sont exclues de la garantie d'éviction. En effet, dès lors que celui-ci en a eu effectivement connaissance au moment de la vente, il est censé les avoir acceptées et ne pourrait s'en prévaloir par la suite pour contester la diminution de sa jouissance sur l'immeuble afférente à leur existence.

b : Les charges ignorées du vendeur

681. Les charges dont le vendeur n'a pas connaissance sont incluses dans la garantie d'éviction — En principe, l'application de la garantie pour charges non déclarées n'est pas conditionnée par la bonne ou la mauvaise foi du vendeur⁷⁶⁵. En effet, l'article 1626 pose l'obligation générale de garantie et ne distingue pas entre le vendeur de bonne ou de mauvaise foi. En l'absence des conditions nécessaires à la mise en œuvre de la garantie d'éviction, l'absence de déclaration d'une servitude apparente est constitutive d'une faute contractuelle émanant du vendeur et autorise l'acheteur à réclamer à ce dernier de dommages et intérêts⁷⁶⁶. Après avoir défini la garantie d'éviction, il nous faut à présent en apprécier le régime.

⁷⁶¹ Voir en ce sens : CA Paris, 15 décembre 1967, *D.* 1968, p. 402.

⁷⁶² Voir en ce sens : Cass. req., 30 décembre 1940, *DC.* 1941, p. 107.

⁷⁶³ Voir en ce sens : Cass ; 1^{ère} civ., 16 mai 1961, *D.* 1961, p. 545.

⁷⁶⁴ Voir en ce sens : Cass. 1^{ère} civ, 15 octobre 1963, *Bull. civ.* 1963, I, n° 372.

⁷⁶⁵ Voir en ce sens : CA Paris, 6 février 1964, *Gaz. Pal.* 1962, 2, p. 43

⁷⁶⁶ Voir en ce sens : Cass. 3^{ème} civ., 5 février 1978, *Bull. civ.* 1978, III, n° 57.

II : le régime de la garantie d'éviction

682. Les conditions de mise en œuvre et les effets de la garantie d'éviction —

L'analyse du régime de la garantie d'éviction nous amènera à apprécier dans un premier temps ses conditions de mise en œuvre (A), et dans un second temps ses effets (B).

A : Les conditions de mise en œuvre de la garantie d'éviction

683. Le titulaire de l'action, l'option tenant à la mise en œuvre de l'action à titre

principale ou incident, et son délai — Il nous faudra déterminer qui peut demander à mettre en œuvre la garantie d'éviction (1), puis analyser l'option laissée à l'acquéreur victime de mettre en œuvre une telle garantie à titre principale ou incident (2) et enfin aborder la question du délai de sa mise en œuvre (3).

1 : Le demandeur de l'action en garantie

684. Les différents demandeurs à l'action —

L'action en garantie peut être exercée par l'acquéreur et par tous ses ayants cause tant à titre particulier qu'à titre universel⁷⁶⁷. Le sous-acquéreur peut toujours agir directement contre le vendeur initial à chaque fois que celui-ci est personnellement responsable de l'éviction⁷⁶⁸. En cas de revente, l'acquéreur intermédiaire ne perd pas la faculté d'exercer l'action en garantie dès lors qu'elle présentera pour lui un intérêt direct et certain. Tel sera le cas lorsqu'il aura été lui-même condamné à garantir le sous acquéreur⁷⁶⁹. L'action en garantie peut être exercée contre le vendeur alors même que la vente précédente, par laquelle celui-ci est devenu propriétaire, aurait été annulée⁷⁷⁰.

⁷⁶⁷ Voir en ce sens : Cass. 3^{ème} civ., 4 juillet 1973, *Bull. civ.* 1973, III, n° 465.

⁷⁶⁸ Voir en ce sens : Cass. 3^{ème} civ., 28 mars 1990, *Bull. civ.* 1990, III, n° 93.

⁷⁶⁹ Voir en ce sens : Cass. 1^{ère} civ., 21 mars 2000, *RJDA* juin 2000, n° 642.

⁷⁷⁰ Voir en ce sens : Cass. 3^{ème} civ., 25 avril 1983, *Bull. civ.* 1983, III, n° 121.

2 : La mise en œuvre de la garantie à titre principal ou à titre incident

685. La mise en œuvre de la garantie à titre principal ou incident — L'acquéreur victime d'une éviction dispose d'une option. Il peut appeler son vendeur en garantie : cette dernière sera dite alors incidente. Il peut également se défendre seul puis se retourner contre son vendeur : la garantie sera qualifiée de principale.

L'acquéreur victime de l'éviction met en œuvre la garantie par voie incidente en opposant au tiers une exception dilatoire en application de l'article 109 du Nouveau Code de procédure civil⁷⁷¹. Le tiers qui prétend avoir un droit sur le bien voit son action suspendue jusqu'à l'intervention du vendeur qui prend alors la place de l'acquéreur à l'instance. Dès lors que le tiers viendrait à obtenir gain de cause, le jugement condamnerait le vendeur à indemniser l'acquéreur.

Après avoir été assigné en justice par le tiers, si l'acquéreur s'est défendu seul à la procédure et a perdu, ou s'il n'est pas encore attaqué par le tiers et n'a subi qu'une simple menace d'éviction, ou encore s'il a renoncé à se défendre en raison de l'évidence du droit du tiers sur l'immeuble, il peut alors exercer l'action en garantie principale contre son vendeur sous réserve que l'acquéreur n'y ait pas renoncé⁷⁷². Cette action n'est cependant pas sans risque pour l'acquéreur. En effet, il procède du régime de la garantie⁷⁷³ que celle-ci cesse dès lors que l'acquéreur s'est laissé condamner par un jugement en dernier ressort, ou dont l'appel n'est plus recevable, sans appeler son vendeur et si celui-ci prouve qu'il existait des moyens suffisants pour faire rejeter la demande. Cette règle n'a vocation à s'appliquer que si l'éviction est déjà consommée par une décision de justice devenue définitive⁷⁷⁴ et ne joue qu'au seul cas

⁷⁷¹ L'article 109 du NCPC dispose que : « *Le juge peut accorder un délai au défendeur pour appeler un garant .L'instance poursuit son cours à l'expiration du délai dont dispose le garant pour comparaître, sauf à ce qu'il soit statué séparément sur la demande en garantie si le garant n'a pas été appelé dans le délai fixé par le juge* ».

⁷⁷² Voir en ce sens : Cass. req. 20 avril 1874, *DP.* 1874, I, p. 343. La renonciation à l'action en garantie ne saurait se déduire du seul fait que l'acquéreur a accepté la cession du prix de vente consentie par le vendeur au profit d'un tiers.

⁷⁷³ L'article 1640 du Code civil dispose : « *La garantie pour cause d'éviction cesse lorsque l'acquéreur s'est laissé condamner par un jugement en dernier ressort, ou dont l'appel n'est plus recevable, sans appeler son vendeur, si celui-ci prouve qu'il existait des moyens suffisants pour faire rejeter la demande* ».

⁷⁷⁴ Voir en ce sens : Cass. 1^{ère} civ., 10 mars 1953, *Bull. civ.* 1953, I, n° 97.

où l'acquéreur appelle son vendeur en garantie principale. Les juges du fond apprécient souverainement l'existence de « moyens suffisants pour faire rejeter la demande »⁷⁷⁵.

3 : Le délai

686. La prescription trentenaire de l'action en garantie — L'article 2262 du Code civil prévoit que l'action en garantie est soumise à la prescription trentenaire. Le délai d'action aura pour point de départ non pas le jour de la vente mais celui de l'éviction. En revanche, l'exception de garantie est pour sa part perpétuelle ; en conséquence de quoi le vendeur ou ses ayants droit qui seront restés en possession de l'immeuble vendu ne pourront jamais évincer l'acquéreur en invoquant la prescription acquisitive⁷⁷⁶.

B : Les effets de la garantie

687. La rétention du prix et de la résolution de la vente — Les effets de la garantie d'éviction sont multiples et dépendent de la situation dans laquelle se trouve l'acquéreur victime. Partant, lorsque celui-ci n'a pas encore payé le prix, il peut le retenir jusqu'à la cessation du trouble (1). En cas de paiement, il pourra obtenir dans certains cas la résolution de la vente avec restitution du prix ; il faudra alors distinguer selon que l'éviction aura été totale (2) ou partielle (3), ou bien qu'elle procèdera d'une charge non déclarée (4).

1 : Le droit de rétention de l'acquéreur sur le prix

688. La rétention du prix de vente — La loi reconnaît la possibilité à l'acquéreur victime qui n'a pas encore payé le prix d'opposer au vendeur une exception d'inexécution et d'exercer ce faisant un droit de rétention sur le prix. Ainsi, l'acquéreur qui a subi un trouble ou ressenti la crainte d'être troublé pour l'avenir par une action hypothécaire ou en revendication, peut suspendre le paiement du prix jusqu'à ce que le vendeur ait fait cesser le trouble sous réserve de l'absence de stipulations contraires dans l'acte. D'un point de vue pratique, cette faculté est ouverte non seulement lorsque le prix est payable en plusieurs fois mais aussi

⁷⁷⁵ Cass. 1^{ère} civ., 5 novembre 1991, *Bull. civ.* 1991, I, n° 300.

⁷⁷⁶ Voir en ce sens : Cass. civ., 13 avril 1912, *DP.* 1913, I, p. 143.

lorsque le paiement est effectué par virement successifs⁷⁷⁷. L'article 1653 du Code civil n'ouvre la faculté de suspension du paiement du prix de vente qu'en cas d'éviction résultant d'une action hypothécaire ou d'une action en revendication. Il a cependant été jugé que ledit article est applicable toutes les fois où le paiement du prix est réclamé à un acheteur contre lequel est dirigée une action qui peut avoir pour effet de l'évincer⁷⁷⁸. Ce texte ne concerne cependant pas les hypothèses qui ne sont pas visées par la loi. À ce titre, l'action engagée par des sous-locataires qui n'étaient pas mentionnés et qui demandent le renouvellement du bail ne constitue pas un danger d'éviction permettant à l'acquéreur de retenir le prix⁷⁷⁹.

Il appartient aux juges du fond de relever l'existence d'un juste motif de crainte d'être troublé⁷⁸⁰. Par ailleurs, l'acquéreur doit nécessairement avoir ignoré la menace d'éviction au moment de la conclusion de la vente⁷⁸¹. Enfin, il ne peut se prévaloir de son droit de suspendre le paiement sans mettre le vendeur en mesure de faire cesser le trouble ou de fournir une caution⁷⁸². Aux termes de l'article 1653 du Code civil, il apparaît que la faculté pour l'acquéreur victime de demander la suspension du paiement du prix de vente n'est pas d'ordre public. Ainsi, n'a-t-elle vocation à s'appliquer que sous réserve que les parties n'aient pas stipulé que nonobstant le trouble, l'acquéreur sera tenu au paiement. De plus, la suspension ne sera pas possible lorsque le vendeur aura donné une caution à l'acquéreur.

⁷⁷⁷ Voir en ce sens : Cass. civ., 5 mai 1919, *DP* .1923, I, p. 230.

⁷⁷⁸ Voir en ce sens : Cass. req., 29 novembre 1939, *DH*. 1940, p. 52.

⁷⁷⁹ Voir en ce sens : Cass. 3^{ème} civ., 30 janvier 1970, *Bull. civ.* 1970, III, n° 84.

⁷⁸⁰ Voir en ce sens : Cass. 3^{ème} civ., 18 janvier 1981, *Bull. civ.* 1981, III, n° 17. Constitue pour l'adjudicataire d'un immeuble saisi un tel motif un pourvoi en cassation formé par le débiteur saisi contre le jugement ayant refusé la conversion de saisie vente volontaire et ordonnée la mise en vente de l'immeuble, dès lors que son admission aurait entraîné l'annulation de la procédure de vente forcée.

⁷⁸¹ Voir en ce sens : Cass. 1^{ère} civ, 27 janvier 1967, *Bull. civ.* 1967, I, n° 61. En l'espèce, l'acquéreur s'était engagé à payer, outre une certaine somme donnée, un ensemble de dettes appartenant au vendeur à l'exclusion de celles relevant du domaine hypothécaire. La Cour a jugé que l'acquéreur ne pouvait invoquer l'article 1653 pour suspendre l'exécution de cet engagement dès lors qu'à la date de la cession il avait connaissance de la situation particulièrement obérée du vendeur, et connaissait donc le trouble susceptible d'émaner des créanciers hypothécaires.

⁷⁸² Voir en ce sens : Cass. 3^{ème} civ., 26 mai 1992, *Bull. civ.* 1992, III, n° 176. En l'espèce, l'acquéreur ne peut invoquer l'article 1653, s'il a fait des offres réelles de payer les sommes qu'un commandement lui réclamait et s'il n'a commencé à invoquer les dispositions de l'article 1653 qu'à l'audience de plaidoirie devant le premier juge.

2 : Les effets de la garantie en cas d'éviction totale

689. La résolution de la vente — L'acquéreur évincé peut demander au vendeur la restitution du prix, celle des fruits lorsqu'il est obligé de les rendre au propriétaire qui l'évince, les frais sur la demande en garantie de l'acquéreur ; ceux engagés par le demandeur originaire et enfin les dommages et intérêts et frais engendrés par le contrat. De cette manière, la loi met en place un système de restitution globalement plus favorable à l'acquéreur victime que celui résultant de la nullité ou de la résolution de la vente.

En matière de restitution du prix, il convient que l'acquéreur en soit remboursé de la totalité⁷⁸³, même si le bien vendu se trouve diminué de valeur ou considérablement détérioré au moment de l'éviction : soit par la négligence de l'acquéreur, soit par la survenance d'un évènement de force majeure. En revanche, dès lors qu'il apparaît que l'acquéreur a tiré profit des dégradations qu'il a faites, le vendeur a le droit de retenir une somme égale à ce profit sur le prix⁷⁸⁴. Dans l'hypothèse d'une augmentation de la valeur du bien, il appartient au vendeur de verser à l'acquéreur une somme égale à la différence entre sa valeur et son prix de vente, et ce même si l'augmentation de la valeur de l'immeuble ne résulte pas d'améliorations apportées par l'acquéreur⁷⁸⁵. La Cour de cassation estime que la plus-value doit être appréciée à la date de la décision constatant l'éviction et non à celle de l'assignation introductive d'instance⁷⁸⁶. Cette position de la Cour n'est pas sans soulever des critiques ; ainsi, pour certains auteurs comme MM. Malaurie et Aynès⁷⁸⁷, serait-il plus juste dévaluer l'immeuble au jour du jugement condamnant le vendeur à verser l'indemnité à l'acquéreur conformément au droit commun de la responsabilité contractuelle et de la dette de valeur. De plus, le vendeur

⁷⁸³ Conformément aux dispositions de l'article 1631 du Code civil qui dispose : « *Lorsqu'à l'époque de l'éviction, la chose vendue se trouve diminuée de valeur, ou considérablement détériorée, soit par la négligence de l'acheteur, soit par des accidents de force majeure, le vendeur n'en est pas moins tenu de restituer la totalité du prix* ».

⁷⁸⁴ Conformément aux dispositions de l'article 1632 du Code civil qui dispose : « *Mais si l'acquéreur a tiré profit des dégradations par lui faites, le vendeur a droit de retenir sur le prix une somme égale à ce profit* ».

⁷⁸⁵ Conformément aux dispositions de l'article 1633 du Code civil qui dispose que « *si la chose vendue se trouve avoir augmenté de prix à l'époque de l'éviction, indépendamment même du fait de l'acquéreur, le vendeur est tenu de lui payer ce qu'elle vaut au-dessus du prix de la vente* ».

⁷⁸⁶ Voir en ce sens : Cass. 3^{ème} civ., 16 janvier 1991, *Bull. civ.* 1991, III, n° 26.

⁷⁸⁷ L. AYNES, P-Y. GAUTIER, Ph. MALAURIE, *Les contrats spéciaux*, 6^{ème} éd., Defrénois, Paris, 2012, n° 367.

doit rembourser à l'acquéreur toutes les impenses, à savoir les réparations et améliorations utiles que celui-ci aurait pu apporter sur l'immeuble.

En matière de restitution des fruits, l'acquéreur évincé a le droit de demander au vendeur que celui-ci lui restitue ceux de l'immeuble à chaque fois qu'il est obligé de les rendre au propriétaire qui l'évince. En principe, l'acquéreur ne sera tenu de rendre les fruits au véritable propriétaire qu'à partir du moment où il a su que le vendeur n'était pas le véritable propriétaire. Dans le même sens, il appartient au vendeur de rembourser l'indemnité d'occupation que l'acquéreur de bonne foi évincé a dû verser au véritable propriétaire, pour la période d'occupation durant laquelle l'occupation a eu lieu de bonne foi, c'est-à-dire avant la révélation des droits du tiers⁷⁸⁸.

De surcroît, l'acquéreur peut demander des dommages et intérêts ainsi que le remboursement des frais et coûts du contrat. Ceux-ci ne sont dus à l'acquéreur qu'à la condition qu'il ait été de bonne foi lors de la vente⁷⁸⁹. Quant au vendeur, celui-ci sera tenu de verser des dommages et intérêts quand bien même il aurait été de bonne foi⁷⁹⁰. Il ne répondra cependant que du dommage prévisible, conformément à l'article 1150 du Code civil⁷⁹¹. En revanche, il devra réparer la suite immédiate et directe de l'inexécution conformément à l'article 1151 du Code civil⁷⁹². Il appartient aux juges de relever l'existence d'un préjudice résultant de l'éviction et non encore réparé⁷⁹³. La responsabilité d'un tiers ayant concouru à la production du dommage peut être engagée par l'acquéreur, notamment celle du notaire rédacteur de l'acte qui n'attire pas suffisamment l'attention de son client sur le risque d'éviction ou qui ne vérifie pas l'origine de propriété permettant de révéler un tel risque⁷⁹⁴.

⁷⁸⁸ Voir en ce sens : Cass. 3^{ème} civ., 8 octobre 1974, *D.* 1975, p. 431.

⁷⁸⁹ Voir en ce sens : Cass. 1^{ère} civ., 12 février 1980, *Gaz. Pal.* 1980, II, p. 373.

⁷⁹⁰ Voir en ce sens : Cass. req, 2 décembre 1890, *DP.* 1891, I, p. 478.

⁷⁹¹ L'article 1150 du Code civil dispose que « *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* ».

⁷⁹² L'article 1151 du Code civil dispose : « *Dans le cas même où l'inexécution de la convention résulte du dol du débiteur, les dommages et intérêts ne doivent comprendre à l'égard de la perte éprouvée par le créancier et du gain dont il a été privé, que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention* ».

⁷⁹³ Voir en ce sens : Cass. 3^{ème} civ., 21 novembre 1974, *Bull. civ.* 1974, III, n° 428.

⁷⁹⁴ Voir en ce sens : Cass. 3^{ème} civ., 6 juin 1977, *Bull. civ.* 1977, III, n° 234.

3 : Les effets de la garantie en cas d'éviction partielle

690. L'option en cas d'éviction partielle : la résolution de la vente ou la diminution du prix — Au regard des dispositions de l'article 1636 du Code civil⁷⁹⁵, l'acquéreur qui n'aurait été évincé que d'une partie de l'immeuble est en droit de demander la résolution de la vente si la partie dont il est évincé est telle que sans elle il n'aurait point acquis l'immeuble. Il bénéficie d'une option dès lors que l'éviction est suffisamment importante: il peut demander la résolution de la vente, ou maintenir celle-ci mais demander une diminution du prix. Les juges du fond sont souverains pour apprécier si l'éviction est suffisamment grave pour justifier la résolution de la vente⁷⁹⁶. Si la vente est résolue, le vendeur doit restituer la fraction de la chose dont il n'a pas été dépossédé et peut prétendre aux mêmes indemnisations que celles prévues en cas d'éviction totale. Si la vente n'est pas résolue (soit parce que l'acquéreur ne l'a pas demandé, soit parce qu'il ne l'aura pas obtenu), il conserve la fraction de l'immeuble dont il n'a pas été évincé et a droit à une indemnité dont le montant est égal au remboursement de la valeur de la partie dont il a été évincé suivant l'estimation à l'époque de l'éviction et non proportionnellement au prix de la vente⁷⁹⁷. Le risque de la dépréciation de valeur de l'immeuble pèse donc sur l'acquéreur.

691. L'option en cas de charges non déclarée : la résolution de la vente ou l'octroi de dommages et intérêts — S'il ressort des dispositions de l'article 1638 du Code civil⁷⁹⁸ que la servitude non apparente et non déclarée est d'une importance telle que l'acquéreur informé n'aurait pas conclu la vente, ce dernier dispose d'une option consistant en la résolution de la vente ou en l'octroi de dommages et intérêts. Les juges du fond apprécient

⁷⁹⁵ L'article 1636 du Code civil dispose : « *Si l'acquéreur n'est évincé que d'une partie de la chose, et qu'elle soit de telle conséquence, relativement au tout, que l'acquéreur n'eût point acheté sans la partie dont il a été évincé, il peut faire résilier la vente* ».

⁷⁹⁶ Voir en ce sens : Cass. 3^{ème} civ., 17 juillet 1996, *Bull. civ.* 1996, I, n° 1402. En l'espèce, le fait que la cave de l'immeuble vendu appartienne à un tiers n'est pas un fait de nature suffisant à provoquer la résolution de la vente.

⁷⁹⁷ Voir en ce sens : Cass. 3^{ème} civ., 21 mars 2001, *RJDA* novembre 2001, n° 960.

⁷⁹⁸ L'article 1638 du Code civil dispose que « *si l'héritage vendu se trouve grevé, sans qu'il en ait été fait de déclaration, de servitudes non apparentes, et qu'elles soient de telle importance qu'il y ait lieu de présumer que l'acquéreur n'aurait pas acheté s'il en avait été instruit, il peut demander la résiliation du contrat, si mieux il n'aime se contenter d'une indemnité* ».

souverainement la question de la gravité de l'éviction⁷⁹⁹. L'acquéreur peut demander les mêmes indemnités qu'en cas d'éviction totale, cependant le vendeur de bonne foi ne doit réparer que le dommage prévisible au regard de l'article 1150 du Code civil. En revanche, si la charge est moins importante et n'aurait pas été susceptible de faire renoncer l'acquéreur à l'achat de l'immeuble s'il l'avait connu, ce dernier ne peut prétendre qu'à une indemnité dont le montant est déterminé conformément à la lettre de l'article 1637 du Code civil⁸⁰⁰. En dernier lieu, lorsque l'importance de la charge est minime et que son existence n'a eu aucune influence sur la conclusion du contrat ou sur le montant du prix de vente, l'acquéreur ne saurait prétendre qu'elle soit de nature à lui causer un préjudice et ne peut obtenir ni la résolution, ni l'octroi de dommages et intérêts.

Après avoir analysé les conditions de mise en œuvre de la garantie d'éviction et en avoir déterminé les effets, il nous faut à présent voir comment le contrat peut permettre aux parties de se prémunir du risque qu'une telle garantie fait peser sur elles.

§2 : Les aménagements contractuels de la garantie d'éviction

692. L'aménagement contractuel des effets de la garantie — D'après le rapport de force qui se sera instauré entre les parties lors du processus contractuel, il sera possible pour elles d'aménager conventionnellement l'obligation légale procédant de la garantie d'éviction. Elles pourront alors en augmenter les effets (I), ou au contraire les diminuer (II).

⁷⁹⁹ Voir en ce sens : Cass. civ., 21 février 1956, *D.* 1956, p. 285. En l'espèce, les juges du fond ont prononcé à bon droit la résiliation de la vente après avoir relevé que l'acheteur n'aurait pas acquis une usine s'il avait connu l'existence de la servitude *non aedificandi* et de l'obstacle qu'elle constituait à tous travaux de construction.

⁸⁰⁰ L'article 1637 du Code civil dispose : « *Si, dans le cas de l'éviction d'une partie du fonds vendu, la vente n'est pas résiliée, la valeur de la partie dont l'acquéreur se trouve évincé lui est remboursée suivant l'estimation à l'époque de l'éviction, et non proportionnellement au prix total de la vente, soit que la chose vendue ait augmenté ou diminué de valeur* ».

I : L'extension des effets de la garantie d'éviction

693. L'extension des effets de la garantie d'éviction lors de la procédure de data-room — La stipulation d'une clause en vue d'étendre la garantie d'éviction est peu probable en matière de vente réalisée dans une procédure de data-room. En effet, cette clause particulièrement favorable à l'acquéreur engagerait le vendeur au-delà des limites légales appartenant au régime de ladite garantie. Elle présupposerait donc que le vendeur ait été dans une position de faiblesse face à l'acquéreur lors de la procédure d'arbitrage. Une telle situation peut se concevoir à la marge sur la vente d'un immeuble présentant un faible degré de liquidité et une forte exposition au risque.

La clause extensive de garantie doit être expresse et spéciale. Ainsi, une clause générale de garantie peut-elle avoir pour effet d'assurer l'acquéreur contre toutes les servitudes apparentes ou toutes sortes de risques d'éviction dont il aura connaissance. La garantie peut s'étendre au fait des tiers ou aux troubles résultant du fait du prince tels une expropriation. Enfin, elle peut prévoir une meilleure indemnisation de l'acquéreur, en prévoyant par exemple que le vendeur supportera la moins-value affectant la fraction de l'immeuble qui devra être restituée.

II : La restriction des effets de la garantie d'éviction

694. La restriction des effets de la garantie d'éviction lors de la procédure de data-room — Lorsque la vente est conclue entre un professionnel de l'immobilier et un profane, les clauses limitatives ou exclusives de garantie sont exclues du fait de l'article R 132-1 du Code de la consommation⁸⁰¹. Dès lors que la procédure de data-room met en présence des parties professionnelles du secteur immobilier, il sera possible pour elles de

⁸⁰¹ L'article R 132-1 du Code de la consommation dispose que : « *Dans les contrats conclus entre des professionnels et des non-professionnels ou des consommateurs, sont de manière irréfragable présumées abusives, au sens des dispositions du premier et du troisième alinéas de l'article L. 132-1 et dès lors interdites, les clauses ayant pour objet ou pour effet de : (...) 6° Supprimer ou réduire le droit à réparation du préjudice subi par le non-professionnel ou le consommateur en cas de manquement par le professionnel à l'une quelconque de ses obligations* ».

stipuler de telles clauses. Il nous faudra alors aborder le régime des clauses restrictives de garanties (A) avant d'en voir par la suite les effets (B)

A : Le régime des clauses restrictives de garantie

695. La prohibition des clauses restreignant la garantie du fait personnel — Le vendeur ne peut s'exonérer de la garantie d'éviction résultant de son fait personnel, toute clause contraire étant nulle au terme de l'article 1628 du Code civil⁸⁰². Cette prohibition vise tant l'exonération partielle que l'exonération totale de la garantie, et ce, quelle que soit la qualité des parties. À titre d'exemple, la clause exclusive de garantie n'est pas applicable lorsque le branchement des canalisations d'évacuation des eaux usées de l'habitation du vendeur, voisin de l'acquéreur, n'a pas été signalé avant la cession et résultait du fait personnel du vendeur⁸⁰³. Dans le même sens, la clause est nulle même si le fait personnel reproché au vendeur n'a pas été accompli de mauvaise foi ou avec dol⁸⁰⁴. De plus, la clause par laquelle l'acquéreur se substitue dans ses droits et obligations ne permet pas au vendeur de s'exonérer de sa garantie du fait personnel⁸⁰⁵.

696. Les hypothèses dans lesquelles la restriction des effets de la garantie d'éviction est admise — En dehors des exceptions dont nous avons traité précédemment, les parties peuvent librement restreindre la garantie d'éviction du fait des tiers et des charges non déclarées. Pour ce faire, ils peuvent soit l'exclure totalement soit la limiter dans le temps ou à des faits et charges particuliers. Ainsi, la clause selon laquelle le vendeur déclare ne pas garantir l'acquéreur contre les servitudes apparentes ou non apparentes et contre toute autre cause apparente ou cachée est-elle valable⁸⁰⁶, de même que celle garantissant l'acquéreur contre un risque d'éviction lié à l'existence d'une hypothèque⁸⁰⁷. Notons cependant que

⁸⁰² L'article 1628 du Code civil dispose que : « *Quoiqu'il soit dit que le vendeur ne sera soumis à aucune garantie, il demeure cependant tenu de celle qui résulte d'un fait qui lui est personnel : toute convention contraire est nulle* ».

⁸⁰³ Voir en ce sens : Cass. 3^{ème} civ., 9 janvier 1980, *JCP. G* 1980, IV, p. 115.

⁸⁰⁴ Voir en ce sens : Cass. 1^{ère} civ., 15 février 1961, *Bull. civ.* 1961, I, n° 107.

⁸⁰⁵ Voir en ce sens : Cass. 3^{ème} civ., 17 juillet 1973, *Bull. civ.* 1973, III, n° 487.

⁸⁰⁶ Voir en ce sens : CA Paris, 31 octobre 1929, *Gaz. Pal.* 1930, I, p. 154.

⁸⁰⁷ Voir en ce sens : Cass. 3^{ème} civ., 7 novembre 1968, *Bull. civ.* 1968, III, n° 337.

l'exclusion de la garantie doit faire l'objet d'une clause expresse⁸⁰⁸. Néanmoins, cette solution ne fait pas l'unanimité en doctrine et certains auteurs tels que MM. Malaurie et Aynès⁸⁰⁹, critiquent cette solution. Selon ces derniers, seule la connaissance par l'acquéreur du risque d'éviction pourrait conduire à l'exclusion de la garantie du vendeur.

Par ailleurs, il faut de plus que la clause soit dépourvue de toute ambiguïté afin de prémunir les parties contre une contestation ultérieure. Il leur appartient alors de manifester dans l'acte leur volonté de la façon la plus claire possible, étant rappelé que les juges du fond disposent du pouvoir d'apprécier souverainement les clauses obscures sous réserve de ne pas les dénaturer. Tout comme en matière de vice caché, une clause exclusive de garantie rédigée dans des termes généraux est délicate à déterminer. La première chambre civile de la Cour de cassation a donc jugé que la clause selon laquelle « aucun recours ne pourra être exercé du chef des servitudes »⁸¹⁰ est une clause purement de style, dépourvue d'efficacité. À l'inverse, la troisième chambre civile considère que toute clause d'un contrat, quoique usuelle ou de style, n'en produit pas moins un effet normal⁸¹¹.

En dernier lieu, la clause limitative ou exclusive de garantie d'éviction ne peut être appliquée qu'à la condition que le vendeur soit de bonne foi⁸¹². Elle ne saurait donc être opposée à l'acquéreur qui a été tenu dans l'ignorance par une réticence dolosive du vendeur⁸¹³.

B : Les effets des clauses limitatives de garantie

697. La clause de non-garantie ne peut s'opposer à la restitution du prix mais pourra empêcher le versement de dommages et intérêts — Malgré la présence d'une stipulation de non-garantie, le vendeur reste tenu à la restitution du prix sauf pour les cas où

⁸⁰⁸ Voir en ce sens : Cass. civ., 21 mars 1893, *DP* 1893, I, p. 438. En l'espèce, la Cour a jugé que la connaissance de l'acquéreur, à la date de son engagement, du risque d'éviction ne saurait suppléer à l'absence de stipulation expresse.

⁸⁰⁹ Voir en ce sens : ⁸⁰⁹ L. AYNES, P-Y. GAUTIER, Ph. MALAURIE, *Les contrats spéciaux*, op.cit., p. 364.

⁸¹⁰ Cass. 1^{ère} civ., 21 juin 1967, *Bull. civ.* 1967, I, n° 171.

⁸¹¹ Voir en ce sens : Cass. 3^{ème} civ., 3 avril 1968, *Bull. civ.* 1968, III, n° 164.

⁸¹² Voir en ce sens : Cass. 3^{ème} civ., 20 février 1973, *Bull. civ.* 1973, III, n° 144.

⁸¹³ Voir en ce sens : Cass. 1^{ère} civ., 16 avril 1961, *D.* 1961, p. 545. En l'espèce, le vendeur avait dissimulé l'existence d'une servitude d'urbanisme à l'acquéreur alors qu'il connaissait le but poursuivi par celui-ci de transformer l'immeuble et qu'il savait que l'existence de ladite servitude rendrait impossible ce projet.

l'acquéreur avait connaissance du danger de l'éviction lors de la signature de la vente, et qu'il a tout de même acheté à ses risques et périls. En principe, la stipulation d'une clause de non-garantie ne peut s'opposer à la restitution du prix mais elle pourra empêcher le versement des dommages et intérêts afférents tant aux fruits qu'au remboursement des frais divers. Le vendeur ne sera cependant pas tenu de restituer le prix dès lors que l'acquéreur avait connaissance du danger que représentait l'éviction, la preuve d'une telle connaissance restant à la charge du vendeur et pouvant être rapportée par tous moyens.

Section 2 : La négociation des garanties des vices cachés de contenance

698. Les garanties des vices cachés et de contenance — Par opposition à la garantie d'éviction dont l'exclusion ne pourrait résulter du contrat, la garantie de contenance ainsi que la garantie des vices cachés pourront être entièrement éludées par les parties. Partant, la maîtrise tenant à l'éventuelle résolution de la vente sur leur fondement semble de prime abord plus simple à obtenir puisqu'il suffit aux parties de les éluder dans le corps de l'acte. Cependant, ce postulat reposerait sur l'idée que le vendeur et l'acquéreur puissent y avoir tous les deux intérêt. Or, la finalité de ces deux garanties résidant dans la protection de l'acquéreur, celui-ci n'aurait aucun intérêt à se débarrasser de ces mécanismes de protection. Toutefois, l'exclusion de ces garanties ou leur possible aménagement seront possibles et souvent tributaires du rapport de force préexistant entre le vendeur et l'acquéreur le jour de la vente.

Il nous appartient de présenter succinctement ces deux mécanismes de garantie en en définissant le régime, puis en analysant les possibles aménagements contractuels dont ils pourront faire l'objet. Ce travail sera effectué successivement pour la garantie des vices cachés (§1) et pour la garantie de contenance (§2).

§1 : La garantie des vices cachés

699. La définition de la garantie des vices cachés — Il résulte des termes de l'article 1641 du Code civil⁸¹⁴ que le vendeur est tenu de garantir à l'acquéreur les défauts de la chose de nature à la rendre impropre à l'usage auquel celle-ci est destinée, ou qui vont diminuer cet usage de façon telle que l'acquéreur ne l'aurait pas acquise ou en aurait donné un prix moindre, s'il en avait eu connaissance. La garantie des vices cachés ne s'applique pas à toutes les ventes immobilières ; en sont ainsi exclues les ventes réalisées par autorité de justice⁸¹⁵, les ventes de gré à gré d'un immeuble figurant dans l'actif d'un débiteur en liquidation judiciaire⁸¹⁶, les ventes aléatoires et les ventes d'immeubles à construire⁸¹⁷. Le débiteur de la garantie est le vendeur immédiat de l'immeuble. Son ignorance du vice ne l'exonère pas de son obligation de garantie, dès lors que sa bonne foi n'a d'incidence que sur les réparations susceptibles d'être dues à l'acquéreur. Dans le cadre du présent travail, nous aborderons successivement le régime de la garantie des vices cachés et les conséquences qu'une telle garantie emporte sur la validité de la vente (I). Puis nous traiterons des différents aménagements contractuels dont elle peut être l'objet à l'occasion de la vente de l'immeuble (II).

I : Le régime général de la garantie des vices cachés

700. Les conditions de mise en œuvre de la garantie des vices cachés — Il appartient à l'acquéreur de prouver que le vice existe et que celui-ci satisfait à l'ensemble des conditions requises pour la mise en œuvre de la garantie (A). Dès lors que ces conditions sont

⁸¹⁴ L'article 1641 du Code civil dispose : « *Le vendeur est tenu de la garantie à raison des défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine, ou qui diminuent tellement cet usage que l'acheteur ne l'aurait pas acquise, ou n'en aurait donné qu'un moindre prix, s'il les avait connus* ».

⁸¹⁵ Voir en ce sens : CA Paris, 21 novembre 2002, n° 026280, « *Deslandes c/ Syndicat des copropriétaires 52, rue Marceau 93100 Montreuil-sous-Bois* ».

⁸¹⁶ Voir en ce sens : Cass. com., 16 juin 2004, *RJDA* décembre 2004, n° 1359.

⁸¹⁷ Celles-ci sont soumises à un régime de garantie spécifique édicté par les articles 1792 et suivant du Code civil, sauf lorsque le constructeur est le vendeur.

satisfaites, l'acquéreur peut introduire une action sur le fondement de garantie des vices cachés (B).

A : Les conditions de mise en œuvre de la garantie : les caractéristiques du vice

701. Les conditions inhérentes au vice — Pour que l'acquéreur puisse agir en garantie des vices cachés contre le vendeur, encore faut-il que le vice qu'il invoque réponde à un ensemble de caractéristiques. Il faudra d'une part que le vice porte atteinte à la destination de l'immeuble (1), et d'autre part qu'il satisfasse à un ensemble de critères qui lui sont propres (2)

1 : L'atteinte à la destination ou à l'usage de l'immeuble

702. Le vice doit rendre l'immeuble impropre à sa destination ou à son usage — D'après les dispositions de l'article 1641 du Code civil, la garantie des vices cachés ne peut être mise en œuvre qu'à la condition que le défaut invoqué soit de nature à rendre le bien impropre à l'usage auquel l'acquéreur le destine, ou en minore l'usage si bien qu'il ne l'aurait pas acquis s'il avait eu connaissance dudit défaut ou l'aurait acquis à moindre coût. Il résulte des termes mêmes de cet article que ces conditions sont alternatives et non cumulatives. En présence d'un défaut rendant l'immeuble impropre à sa destination, il n'y a pas lieu de rechercher si ce vice a été déterminant dans le consentement de l'acquéreur⁸¹⁸. Ainsi, le caractère déterminant ne sera-t-il recherché que si le vice invoqué est de nature à réduire l'usage du bien acquis. Les juges apprécient souverainement le défaut dont est atteint l'immeuble au regard de l'utilisation à laquelle celui-ci est normalement destiné. En cas d'affectation de l'immeuble à un usage particulier, l'acquéreur ne pourra invoquer un éventuel vice contraire à cet usage que sous réserve de démontrer qu'il avait préalablement averti le vendeur de cet usage particulier. En ce sens, l'interdiction d'utilisation commerciale d'un immeuble à la suite du retrait par arrêté préfectoral d'une autorisation de voirie constitue un vice de nature à rendre l'immeuble impropre à l'usage que souhaitait en faire le vendeur, à

⁸¹⁸ Voir en ce sens : Cass. com., 7 février 1995, *RJDA* juin 1995, n° 703.

savoir l'exercice d'une activité professionnelle de brocante, nécessitant que le lieu soit accessible au véhicule⁸¹⁹.

2 : Les caractères du vice

703. Les caractères cumulatifs du vice – Pour pouvoir déclencher la garantie des vices cachés, il faut que le vice invoqué par le demandeur présente plusieurs caractères cumulatifs. Il doit être caché **(a)**, antérieur à la vente **(b)** et inhérent à l'immeuble **(c)**.

a : Le vice doit être caché

704. Le vendeur ne garantit que les vices cachés et non les vices apparents — L'article 1641 du Code civil dispose que la garantie des vices cachés ne sera due par le vendeur que pour les défauts cachés de l'immeuble. L'article suivant⁸²⁰ précise que le vendeur n'est pas tenu de garantir les vices apparents dont l'acquéreur a pu se convaincre lui-même. Dès lors que le vice n'a pas été connu de l'acquéreur, la connaissance qu'a pu en avoir le vendeur est sans incidence sur la mise en œuvre de la garantie ; elle aura cependant une influence certaine sur l'efficacité des éventuelles clauses limitatives de garantie en considération des dispositions de l'article 1643⁸²¹. Cette garantie trouve néanmoins ses limites d'une part dans le devoir d'information du vendeur et d'autre part dans l'obligation faite à l'acquéreur de se renseigner. Selon la qualité des parties, les tribunaux apprécieront différemment le vice. La procédure de data-room se déroule entre des professionnels de l'immobilier ; partant, l'acquéreur est présumé connaître le vice en raison de ses compétences. En ce sens, le caractère inondable d'un terrain acquis en vue d'y édifier un lotissement constitue un vice de nature à le rendre impropre à la destination qui lui était affectée. Toutefois, l'acquéreur étant un lotisseur professionnel, ce vice ne saurait être caché pour lui :

⁸¹⁹ Voir en ce sens : Cass. com., 17 mai 1994, *RJDA* juin 1995, n° 703.

⁸²⁰ L'article 1642 du Code civil dispose que « le vendeur n'est pas tenu des vices apparents et dont l'acheteur a pu se convaincre lui-même ».

⁸²¹ L'article 1643 du Code civil dispose que « le vendeur d'un immeuble à construire ne peut être déchargé, ni avant la réception des travaux, ni avant l'expiration d'un délai d'un mois après la prise de possession par l'acquéreur, des vices de construction ou des défauts de conformité alors apparents. Il n'y aura pas lieu à résolution du contrat ou à diminution du prix si le vendeur s'oblige à réparer ».

il était tenu de procéder à un relevé altimétrique du terrain, a fortiori par ce que celui-ci bordait un cours d'eau⁸²². Il s'agit cependant d'une présomption simple qui tombera devant la preuve d'un dol ou du caractère indécélable du vice⁸²³, entendu qu'un tel vice est celui qui ne se manifeste qu'avec le temps ou dont la découverte suppose un expert qualifié.

b : Le vice doit être antérieur à la vente

705. L'antériorité du vice — Les tribunaux ne retiennent l'existence d'un vice et n'acceptent la mise en œuvre de la garantie qu'à la condition de démontrer que son existence est antérieure à la vente⁸²⁴. Il appartiendra à l'acquéreur de prouver cette antériorité. À ce titre, il pourra demander toute mesure d'instruction et notamment la nomination d'un expert en mesure d'établir la cause du désordre affectant l'immeuble.

c : Le vice doit être inhérent à l'immeuble

706. L'appréciation de la notion de vice inhérent à l'immeuble par les tribunaux — Pour que la garantie puisse être mise en œuvre, le vice doit nécessairement être inhérent à l'immeuble. Pour les tribunaux, cela ne signifie pas qu'il doive impérativement avoir une origine interne à l'immeuble. Il peut également provenir de différents facteurs qui lui sont externes⁸²⁵. La Cour de cassation reconnaît en ce sens la possibilité pour l'acquéreur d'actionner la garantie pour des vices trouvant leur origine dans des éléments extérieurs à l'immeuble⁸²⁶.

⁸²² Voir en ce sens : Cass. 3^{ème} civ., 13 décembre 2000, *Bull. civ.* 2000, I, n° 165.

⁸²³ Voir en ce sens : Cass. com., 21 février 1966, *Bull. civ.* 1966, III, n° 109.

⁸²⁴ Voir en ce sens : Cass. 1^{ère} civ., 12 janvier 1977, *Bull. civ.* 1977, I, n° 28.

⁸²⁵ Voir en ce sens : Cass. 3^{ème} civ., 6 octobre 2004, *RJDA* janvier 2005, n° 20.

⁸²⁶ Voir en ce sens : Cass. 3^{ème} civ., 23 janvier 1979, *JCP. G* 1979, II, n° 19241, note B. Steammer. En l'espèce, la construction d'un immeuble à destination d'hôtel de plus de cinq étages ayant une vue plongeante sur des pavillons dont la vente a été précédée d'une publicité vantant l'absence de vis-à-vis, est constitutive d'un vice caché permettant à l'acquéreur de l'un de ces pavillons de mettre en œuvre la garantie dès lors que le vendeur était également le constructeur de l'hôtel.

B : Le régime de l'action en garantie

707. Les conditions de l'action en garantie et la sanction du vice — En présence d'un vice caché, l'acquéreur dispose d'une option : il peut soit agir sur le fondement de la garantie des vices cachés, soit sur celui du manquement du vendeur à son obligation de délivrance d'un bien conforme. Dans la pratique, l'acquéreur devra agir sur ces deux fondements concomitamment dès lors que le juge saisi d'une demande portant sur l'existence d'un vice caché (dont la preuve n'a pas été rapportée) n'est pas tenu de rechercher si cette action peut être fondée sur le manquement à l'obligation de délivrance⁸²⁷. Dès lors que le vice caché viendrait à être reconnu, la garantie des vices cachés sera l'unique fondement possible du jugement⁸²⁸. En conséquence, lorsque le défaut s'analyse comme un vice caché et comme un manquement à l'obligation de délivrance, l'acquéreur ne peut agir que sur le terrain de la garantie des vices cachés. De plus, il ne peut invoquer l'erreur et demander la nullité de la vente lorsque le vice s'analyse à la fois comme un vice caché et une erreur sur les qualités substantielle de l'immeuble : là encore, seul le fondement des vices cachés lui est ouvert⁸²⁹. L'action en garantie des vices cachés semble donc prévaloir sur les fondements tenant à l'obligation de délivrance et à l'erreur. À présent, il nous faut analyser le régime de cette action en étudiant d'une part ses conditions de mise en œuvre ainsi que son délai (1), puis apprécier les conditions de réparation du vice caché (2).

1 : La mise en œuvre de l'action

708. Le titulaire de l'action et son délai — La mise en œuvre de l'action en garantie des vices cachés nécessite de déterminer d'une part qui est le titulaire de l'action (a) et d'autre part quel est le délai durant lequel l'acquéreur victime du vice pourra agir (b).

⁸²⁷ Voir en ce sens : Cass. ass., 21 décembre 2007, *BRDA* 2/08 inf. 26.

⁸²⁸ Voir en ce sens : Cass. 1^{ère} civ., 14 avril 1996, *RJDA* octobre 1996, n° 1177.

⁸²⁹ Voir en ce sens : Cass. 3^{ème} civ., 7 juin 2000, *RJDA* octobre 2000, n° 852.

a : Le titulaire de l'action

709. L'action appartient à l'acquéreur et au sous-acquéreur de l'immeuble —

Dans la majorité des cas, la garantie des vices cachés est mise en œuvre par l'acquéreur immédiat de l'immeuble contre son propre vendeur. Cependant, dans certains cas elle peut être mise en œuvre par le sous-acquéreur contre le vendeur initial⁸³⁰. Celui-ci jouit de tous les droits et actions attachés au bien qui appartenait à son auteur⁸³¹. Il dispose en effet d'une action directe de nature contractuelle contre le vendeur intermédiaire. Suite à la revente de l'immeuble, elle peut être engagée contre le vendeur initial par l'acquéreur intermédiaire dans la mesure où celui-ci a conservé un intérêt à agir⁸³².

b : Le délai d'action

710. Le délai d'introduction de l'action en garantie des vices cachés —

L'alinéa premier de l'article 1648 du Code civil⁸³³ dispose qu'en matière de vente, l'action en garantie des vices cachés doit être introduite dans un délai de deux ans à compter de la découverte du vice. Le point de départ du délai peut être constitué par le dépôt d'un rapport d'expertise rendu nécessaire en raison de la nature ou de l'origine du vice, ou encore au jour de l'assignation délivrée par le sous acquéreur en cas d'action exercée par un vendeur contre son propre vendeur. Ce temps d'action est enfermé dans le délai de prescription de droit commun fixé à trente ans si la vente a été conclue entre des non professionnels et cinq ans si l'une des parties est commerçante et que le contrat a été conclu à l'occasion de son commerce⁸³⁴. La découverte

⁸³⁰ Voir en ce sens : Cass. 1^{ère} civ., 4 février 1963, *Bull. civ.* 1963, I, n° 77.

⁸³¹ Voir en ce sens : Cass. ass., 7 février 1986, *Bull. civ.* 1986, I, n° 2.

⁸³² Voir en ce sens : Cass. 3^{ème} civ., 27 juin 2001, *RJDA* octobre 2001, n° 958. En l'espèce, la revente de l'immeuble par l'acquéreur intermédiaire du fait du vice ayant entraînée une moins-value caractérise son intérêt à agir.

⁸³³ L'alinéa premier de l'article 1648 du Code civil dispose : « *L'action résultant des vices rédhibitoires doit être intentée par l'acquéreur dans un délai de deux ans à compter de la découverte du vice* ».

⁸³⁴ Voir en ce sens : LOI n° 2013-619 du 16 juillet 2013 - art. 32 (V) portant modification de l'article L 110-4 du Code de commerce : « -Les obligations nées à l'occasion de leur commerce entre commerçants ou entre commerçants et non-commerçants se prescrivent par cinq ans si elles ne sont pas soumises à des prescriptions spéciales plus courtes ».

du vice postérieurement à l'écoulement du délai de droit commun s'oppose à la mise en œuvre de la garantie des vices cachés⁸³⁵, même dans un délai de deux ans à compter de cette découverte. Ce délai peut néanmoins être interrompu d'une part par l'exercice de l'action en garantie et d'autre part par la demande d'expertise saisissant le juge de référé, peut importe que celle-ci soit formée à titre principal ou par voie incidente ou reconventionnelle⁸³⁶. Dès lors que le délai est expiré, l'acquéreur ne peut plus agir et son action est en principe irrecevable. Cette fin de non-recevoir n'est pas d'ordre public ; l'article 125 du Nouveau Code de procédure civile⁸³⁷ dispose qu'elle ne peut être soulevée d'office par le juge, il appartient donc au vendeur de s'en prévaloir.

2 : La réparation du vice caché

711. La sanction du vice et la réparation du préjudice — La réparation du vice caché au titre de la garantie offre une option à l'acquéreur qui pourra demander la résolution de la vente ou alors demander une diminution du prix **(a)**. De plus, au titre du préjudice subi à cause du vice, il pourra demander réparation au vendeur **(b)**.

a : Le choix entre la résolution de la vente ou la diminution du prix

712. L'option de l'acquéreur : la résolution de la vente ou la diminution du prix — L'article 1644 du Code civil⁸³⁸ offre une option à l'acquéreur qui met en œuvre la garantie des vices cachés. Il pourra d'abord rendre l'immeuble au vendeur et se faire corrélativement

⁸³⁵ Voir en ce sens : Cass. 3^{ème} civ., 16 novembre 2005, *RJDA* avril 2006, n° 528.

⁸³⁶ Toutefois, le délai n'est interrompu ni à l'égard de l'acquéreur qui a participé volontairement à l'expertise demandée par le vendeur contre son propre vendeur, ni à l'égard de celui déclaré hors de cause par le juge des référés.

⁸³⁷ L'article 125 du Nouveau Code de procédure civile dispose : « *Les fins de non-recevoir doivent être relevées d'office lorsqu'elles ont un caractère d'ordre public, notamment lorsqu'elles résultent de l'inobservation des délais dans lesquels doivent être exercées les voies de recours ou de l'absence d'ouverture d'une voie de recours. Le juge peut relever d'office la fin de non-recevoir tirée du défaut d'intérêt, du défaut de qualité ou de la chose jugée* ».

⁸³⁸ L'article 1644 du Code civil dispose : « *Dans le cas des articles 1641 et 1643, l'acheteur a le choix de rendre la chose et de se faire restituer le prix, ou de garder la chose et de se faire rendre une partie du prix, telle qu'elle sera arbitrée par experts* ».

restituer le prix de vente ; il s'agit alors de l'action rédhibitoire qui correspond à la résolution de la vente. Mais il pourra également demander une réduction du prix dont le montant est déterminé par un expert : il s'agit alors de l'action dite estimatoire. Ce choix appartient discrétionnairement au vendeur. Ainsi, pourra-t-il demander la résolution alors que le vice a entièrement disparu en raison des interventions qu'il a faites pour y remédier ; ou alors que le vendeur lui a proposé d'effectuer des travaux de remis en l'état de nature à supprimer la cause du vice et à en réparer les conséquences. La jurisprudence vient cependant tempérer ce principe tenant à liberté de choix de l'acquéreur. Elle admet que seule l'action en réduction du prix peut être demandée lorsque le vice n'est pas assez grave pour justifier la résolution⁸³⁹, ou que l'immeuble ne peut plus être restitué au vendeur⁸⁴⁰ ou bien encore si l'immeuble a péri par la faute de l'acquéreur ou par cas fortuit.

L'action estimatoire a pour objectif de replacer l'acquéreur dans la situation où il se serait trouvé si l'immeuble cédé n'avait pas été atteint d'un vice. La valeur de l'immeuble n'est pas fonction de l'estimation de celui-ci exempt de vice mais s'effectue en fonction de l'évaluation du « coût » représenté par le vice⁸⁴¹. La demande en résolution de la vente pour vice caché doit être publiée à la conservation des hypothèques. En cas de non-respect de cette formalité, l'action introduite par l'acquéreur n'est pas recevable.

L'action en résolution de la vente pour vice caché présente une spécificité en cas de ventes successives. Lorsque celle-ci est exercée par le sous-acquéreur contre le vendeur originaire, ce dernier ne peut pas être tenu de restituer davantage qu'il n'a reçu hors le cas des dommages et intérêts résultant du préjudice subi. Ainsi, le sous-acquéreur ne pourra-t-il réclamer au vendeur originaire la restitution du prix qu'il a versé au vendeur intermédiaire si ce prix est plus élevé que celui qui celui versé au vendeur originaire.

b : Les réparations dues par le vendeur

713. L'étendue de la réparation du vendeur - En sus de la restitution du prix de vente de l'immeuble, le vendeur peut être condamné à réparer le préjudice résultant du vice.

⁸³⁹ Voir en ce sens : Cass. com., 5 janvier 1961, *Bull. civ.* 1961, III, n° 11.

⁸⁴⁰ Voir en ce sens : Cass. com., 6 juillet 1999, *RJDA* novembre 1999, n° 1190. Sous réserve toutefois que la restitution n'ait pas été rendue impossible du fait du vendeur.

⁸⁴¹ Voir en ce sens : Cass. com., 1 décembre 1964, *Bull. civ.* II, n° 532.

L'étendue de cette réparation est variable ; elle est fonction de la connaissance que le vendeur avait ou non du vice allégué. Dans le cas où celui-ci est ignorant en la matière, il ne sera tenu qu'au remboursement des frais de la vente et non à celui des éventuels dommages subis par l'acquéreur⁸⁴². Ces frais sont matérialisés par l'ensemble des dépenses directement liées à la conclusion de la vente dont font nécessairement partie tous les frais d'audit initiés dans le cadre de la procédure de data-room, ainsi que des dépenses afférentes à la conservation du bien. Dans l'hypothèse où le vendeur avait connaissance du vice, il devra indemniser l'acquéreur de tous les préjudices subis par lui sous forme de dommages et intérêts. La jurisprudence a admis au titre du préjudice réparable la perte patrimoniale subie du fait de la hausse de l'immobilier entre la conclusion de la vente et sa résolution, de même que l'impossibilité pour l'acquéreur d'acheter un bien similaire au même prix⁸⁴³. En dernier lieu, il est à noter que lorsque le vice a eu pour effet d'entraîner la perte de l'immeuble, le vendeur sera tenu de restituer le prix et autres dédommagements d'après l'alinéa premier de l'article 1647 du Code civil⁸⁴⁴. Postérieurement au transfert de propriété, les risques inhérents à l'immeuble vendu sont en principe à la charge de l'acquéreur. Cependant, en présence d'un vice l'affectant antérieurement à ce transfert ceux-ci sont à la charge du vendeur⁸⁴⁵.

II : Les aménagements conventionnels permettant l'exclusion de la garantie des vices cachés

714. L'ignorance du vice en tant que condition primordiale à la stipulation des clauses limitatives ou exclusive de garantie et leurs effets — Il ressort des dispositions de l'article 1643 du Code civil que le vendeur est tenu de garantir les vices qui affectent l'immeuble quand bien même il n'en n'avait pas connaissance. Cette obligation de garantie est toutefois conditionnée à l'absence de stipulation d'une clause limitative ou restrictive de garantie dans l'acte de vente. Usuelles en matière de procédure de data-room, de telles clauses

⁸⁴² Voir en ce sens : Cass. 1^{ère} civ., 4 février 1963, *JCP. G* 1963, II, n° 13159, note R. Savatier.

⁸⁴³ Voir en ce sens : Cass. 3^{ème} civ., 20 décembre 1995, *RJDA* mars 1996, n° 327.

⁸⁴⁴ L'alinéa premier de l'article 1647 du Code civil dispose que : « *Si la chose qui avait des vices a péri par suite de sa mauvaise qualité, la perte est pour le vendeur, qui sera tenu envers l'acheteur à la restitution du prix et aux autres dédommements expliqués dans les deux articles précédents* ».

⁸⁴⁵ Voir en ce sens : Cass. com., 9 février 1965, *Bull. civ.* 1965, III, n° 103.

ne seront valables que sous réserve de l'absence de connaissance du vice par le vendeur. Il nous faudra donc analyser comment s'apprécie cette ignorance du vice, condition première de la validité des clauses limitatives ou exclusives de garantie (**A**), pour pouvoir ensuite appréhender leur portée (**B**).

A : L'ignorance du vice par le vendeur, condition primordiale de validité des clauses limitatives ou exclusives de garantie des vices cachés

715. L'ignorance du vice — L'exigence tenant à l'ignorance par le vendeur du vice affectant l'immeuble est la condition nécessaire de la validité des clauses limitatives ou exclusive de garantie. Elle s'apprécie différemment selon que les parties en présence sont ou non des professionnels du secteur immobilier. Nous cantonnerons notre analyse à l'hypothèse où tant le vendeur que l'acquéreur ont cette qualité, dès lors qu'elle correspond à la pratique de l'arbitrage immobilier commercial réalisé par le biais d'une procédure de data-room. Le vendeur professionnel peut invoquer une clause limitative ou exclusive de garantie des vices cachés dès lors que l'acquéreur est un professionnel de la même spécialité⁸⁴⁶. Celle-ci est appréciée souverainement par les juges du fond⁸⁴⁷. L'acquéreur professionnel pourra toujours exiger de celui-ci la garantie dès lors que techniquement il ne pouvait déceler les défauts de l'immeuble au moment de la vente.

B : La portée des clauses limitatives ou exclusives de garantie

716. La portée des clauses selon qu'elles excluent totalement ou partiellement la garantie des vices caches — Il nous faudra aborder successivement la portée des clauses prévoyant l'exclusion partielle de la garantie (**1**), avant de voir par la suite celle des clauses excluant totalement celle-ci (**2**).

⁸⁴⁶ Voir en ce sens : Cass. 3^{ème} civ., 30 octobre 1978, *JCP. G* 1978, II, n° 19178 ; Cass. 3^{ème} civ., 27 septembre 2000, *D.* 2001, p.2628, note J-P. Storck.

⁸⁴⁷ Voir en ce sens : Cass. 1^{ère} civ., 21 juillet 1987, *Bull. civ.* 1987, I, n° 241.

1 : L'exclusion partielle de garantie

717. Les vices non couverts par la garantie — La clause exclusive ou limitative de garantie n'a d'effet que pour les vices cachés qu'elle prévoit expressément. Dans le cas de survenance d'un vice qu'elle ne stipulerait pas, le vendeur sera tenu à la garantie légale⁸⁴⁸. La rédaction d'une telle clause est donc un moment particulièrement important pour les parties et fait souvent l'objet de négociations. Il leur appartient en effet de définir précisément les risques pour lesquels elles entendent écarter la garantie des vices cachés, afin de se prémunir de toute contestation ultérieure.

2 : L'exclusion totale de la garantie

718. La validité des clauses excluant totalement la garantie des vices cachés — Durant la procédure de data-room, le vendeur insère souvent dans l'acte de vente une clause de style selon laquelle l'immeuble est vendu en l'état ou sans garantie⁸⁴⁹. Compétente en matière de vente immobilière, la troisième chambre civile de la Cour de cassation a admis la validité de pareilles stipulations. Elle a ainsi estimé que la clause par laquelle l'acquéreur s'engageait à prendre l'immeuble en l'état, à savoir avec tous ses défauts apparents ou cachés n'a pas mentionné spécifiquement la présence de termites invoquée par l'acquéreur pour produire ses effets⁸⁵⁰. La solution est moins tranchée dans les décisions de la première chambre civile et de la chambre commerciale de la Cour de cassation qui laissent aux juges du fond le pouvoir souverain d'apprécier la portée de ce type de clause⁸⁵¹. Cette dualité se retrouve dans les arrêts rendus par les juges du fond : alors que la Cour d'appel de Versailles a admis l'efficacité de la clause par laquelle l'acquéreur prenait l'immeuble « *dans ses états et*

⁸⁴⁸ Voir en ce sens : Cass. com., 30 avril 1967, *Gaz. Pal.* 196, II, p. 79.

⁸⁴⁹ Une telle clause pourra se présenter de la façon suivante : « *L'acquéreur prend l'immeuble dans l'état où il se trouve à ce jour sans aucune garantie de tous vices apparents ou cachés* ».

⁸⁵⁰ Voir en ce sens : Cass. 3^{ème} civ., 12 novembre 1975, *Bull. civ.* 1975, III, n° 330.

⁸⁵¹ Voir en ce sens : Cass. 1^{ère} civ., 25 juin 1968, *Bull. civ.* 1968, I, n° 183. En l'espèce, la Cour confirme un arrêt d'appel ayant retenu le pouvoir exonératoire d'une telle clause ; Cass. com., 4 novembre 1975, *Bull. civ.* 1975, IV, n° 259 et Cass. com., 8 décembre 1975, *Bull. civ.* 1975, IV, n° 297 confirmant des arrêts écartant l'exonération de garantie.

consistances actuelles »⁸⁵², la Cour d'appel de Rouen a retenu le même argument pour dénier toute efficacité à cette clause⁸⁵³.

§ 2 : La garantie de contenance

719. La garantie de contenance et son possible aménagement contractuel — La délivrance de l'immeuble peut être définie au regard des dispositions de l'article 1604 du Code civil⁸⁵⁴ comme le transfert du bien vendu en la jouissance et en la possession de l'acquéreur, laquelle est intervenue lors de la réitération de la vente par acte notarié. L'obligation de délivrance pèse sur le vendeur⁸⁵⁵ ; son objet porte d'une part sur la conformité de l'immeuble cédé, d'autre part sur ses accessoires et enfin sur sa contenance. Dans le cadre des cessions d'immeuble réalisées par le biais d'une procédure de data-room, le vendeur souhaitera souvent s'exonérer de la garantie de contenance. Il nous faudra voir dans un premier temps ce que recouvre la notion de contenance et la portée de cette obligation **(I)** afin d'apprécier par la suite la validité des clauses de non-garantie déchargeant le vendeur de son obligation **(II)**.

I : La contenance de l'immeuble

720. L'incidence d'une contenance inférieur ou supérieur aux stipulations contractuelles — L'article 1616 du Code civil⁸⁵⁶ dispose que le vendeur est tenu de délivrer un immeuble d'une contenance telle que celle stipulée au contrat. Ces dispositions ne visent que les hypothèses portant sur une différence de contenance et non le cas de l'inexécution de l'obligation de délivrance résultant par exemple de l'impossibilité pour le vendeur de délivrer

⁸⁵² CA Versailles, 13 janvier 2000, *RJDA* avril 2000, n° 537.

⁸⁵³ CA Rouen, 28 novembre 1996, 2^{ème} ch. civ., *RJDA* avril 1997, n° 631.

⁸⁵⁴ L'article 1604 du Code civil dispose que « *la délivrance est le transport de la chose vendue en la puissance et possession de l'acheteur* ».

⁸⁵⁵ L'article 1612 du Code civil dispose en ce sens que « *le vendeur n'est pas tenu de délivrer la chose, si l'acheteur n'en paye pas le prix, et que le vendeur ne lui ait pas accordé un délai pour le paiement* ».

⁸⁵⁶ L'article 1616 du Code civil dispose que « *le vendeur est tenu de délivrer la contenance telle qu'elle est portée au contrat, sous les modifications ci-après exprimées* ».

des parcelles dont il n'est pas propriétaire⁸⁵⁷. Dans le même sens, n'est pas pris en compte le cas où l'action concerne l'exécution de conventions particulières intervenues entre les parties comme celle portant sur l'obligation d'édifier une construction ou d'agrandir les locaux de l'immeuble cédé. Il nous faudra traiter successivement du cas de figure dans lequel la contenance de l'immeuble cédé est inférieure à celle prévue dans l'acte de vente (**A**) puis de celui dans lequel elle est supérieure à ce qui est prévu dans l'acte (**B**).

A : L'hypothèse où la contenance de l'immeuble est inférieure à celle de l'acte de vente

721. La différence entre les ventes faites « à raison de tant la mesure » et à « prix global » — Deux cas de figure sont à distinguer. En premier lieu se trouve l'hypothèse où la vente de l'immeuble a été réalisée « à raison de tant la mesure » c'est-à-dire où le prix de l'immeuble a été déterminé par les parties en fonction de la superficie de l'immeuble cédé⁸⁵⁸. Dans ce cas, les parties ont souhaité faire de la contenance un élément déterminant de leur consentement. Partant, la moindre différence de contenance oblige le vendeur à délivrer la quantité indiquée dans le contrat. Dans le cas de figure où il serait dans l'impossibilité de fournir ce complément de délivrance ou si l'acquéreur ne l'exige pas, le prix de vente sera diminué en conséquence⁸⁵⁹.

Dans l'hypothèse de vente d'immeuble réalisée pour un prix global avec indication de la contenance⁸⁶⁰ (ce qui sera toujours le cas lors de la procédure d'acquisition d'un immeuble par le biais de la procédure de data-room), seule une différence portant sur plus d'un vingtième entre la contenance indiquée et celle réellement délivrée sera de nature à justifier une diminution du prix de vente de l'immeuble⁸⁶¹. La diminution du prix est la seule sanction

⁸⁵⁷ Voir en ce sens : Cass. 1^{ère} civ., 23 décembre 1955, *Bull. civ.* 1955, I, n°460.

⁸⁵⁸ Vente d'un immeuble de tant de mètres carrés à raison de tant d'euros du mètre carré.

⁸⁵⁹ Cette diminution est fonction de l'article 1617 du Code civil disposant : « *Si la vente d'un immeuble a été faite avec indication de la contenance, à raison de tant la mesure, le vendeur est obligé de délivrer à l'acquéreur, s'il l'exige, la quantité indiquée au contrat ; Et si la chose ne lui est pas possible, ou si l'acquéreur ne l'exige pas, le vendeur est obligé de souffrir une diminution proportionnelle du prix* ».

⁸⁶⁰ Vente d'un immeuble de tant de mètres carrés à raison de tant d'euros du mètre carré.

⁸⁶¹ Cette diminution est fonction de l'article 1619 du Code civil disposant que « *dans tous les autres cas, Soit que la vente soit faite d'un corps certain et limité, Soit qu'elle ait pour objet des fonds distincts et séparés, Soit qu'elle*

possible, à l'exclusion de l'attribution en propriété du complément de superficie⁸⁶². La vente pourra cependant être annulée sur le fondement de l'erreur sur la substance si la différence de contenance est de nature à empêcher l'usage de l'immeuble tel qu'il a été envisagé par l'acquéreur⁸⁶³. La réduction du prix s'impose au vendeur qui ne pourra jamais renoncer à la vente ; elle ne revêt aucun caractère indemnitaire et poursuit pour seul objectif de rétablir l'équilibre du contrat.

B : L'hypothèse où la contenance de l'immeuble est supérieure à celle de l'acte de vente

722. L'option de l'acquéreur — Peu importe la vente, seul un excédent de contenance de plus du vingtième sera pris en considération. L'acquéreur dispose alors d'une option dans une telle hypothèse. Il pourra soit payer un complément de prix, soit se désister du contrat⁸⁶⁴. En cas de désistement, l'acquéreur sera tenu de lui restituer outre le prix de l'immeuble et tous les frais liés au contrat⁸⁶⁵.

commence par la mesure, ou par la désignation de l'objet vendu suivie de la mesure, L'expression de cette mesure ne donne lieu à aucun supplément de prix, en faveur du vendeur, pour l'excédent de mesure, ni en faveur de l'acquéreur, à aucune diminution du prix pour moindre mesure, qu'autant que la différence de la mesure réelle à celle exprimée au contrat est d'un vingtième en plus ou en moins, eu égard à la valeur de la totalité des objets vendus, s'il n'y a stipulation contraire ».

⁸⁶² Voir en ce sens : Cass. 3^{ème} civ., 24 janvier 1990, *Bull. civ.* 1990, I, n° 32.

⁸⁶³ Voir en ce sens : Cass. civ., 23 novembre 1931, *Gaz. Pal.* 1932, I, p. 96. En l'espèce, l'acquéreur avait acheté une propriété en vue de la morceler pour la revendre rapidement en différents lots. Voir également : Cass. 3^{ème} civ., 12 décembre 1981, *D.* 1982, p. 64. En l'espèce, la surface réellement acquise ne permettait par l'édification du projet immobilier souhaité par l'acquéreur.

⁸⁶⁴ Cette option résulte des dispositions de l'article 1618 du Code civil pour les ventes à la mesure et des articles 1619 et 1620 du code précité pour les ventes à prix global.

⁸⁶⁵ Les modalités de cette restitution sont prévues par l'article 1621 du Code civil disposant que « dans tous les cas où l'acquéreur a le droit de se désister du contrat, le vendeur est tenu de lui restituer, outre le prix, s'il l'a reçu, les frais de ce contrat ».

II : Les clauses de non-garantie de contenance

723. La validité et la rédaction de la clause de non-garantie de contenance — Il nous faudra ici d'une part envisager la rédaction de la clause de non-garantie de contenance (A) et d'autre part apprécier sa validité (B).

A : La rédaction de la clause

724. Un exemple de rédaction de clause de non-garantie de contenance — En pratique, le vendeur cherchera toujours à se dégager de la garantie de contenance dans le cadre d'une opération d'arbitrage immobilier portant sur un immeuble commercial. Celle-ci n'étant pas d'ordre public au regard des dispositions de l'article 1619 du Code civil, il est possible de stipuler son exclusion. Pour être valable, elle doit exprimer sans ambiguïté une volonté contractuelle, ce qui sera le cas lorsqu'elle sera rédigée en termes clairs, simples, précis et non équivoques. Une telle clause peut prendre la forme suivante :

« Le vendeur ne donne à l'acquéreur aucune garantie de contenance ou de la superficie tant de l'assiette foncière que de celle de l'immeuble, toute erreur de contenance en plus ou en moins, excédât-elle un vingtième devra faire le profit ou la perte de l'acquéreur ».

B : Les conditions de validité de la clause

725. Les conditions de validité de la clause de non-garantie — La clause de non-garantie ne dispense tout de même pas le vendeur de garantir l'acquéreur contre l'éviction⁸⁶⁶. Conformément au droit commun, elle sera toujours écartée en cas de fraude⁸⁶⁷. Il en sera de même en cas de commission par le vendeur d'un dol⁸⁶⁸ ou d'une faute lourde⁸⁶⁹. Dans le même sens, elle ne pourra jamais recevoir d'application lorsqu'elle sera appréciée par les tribunaux comme étant empreinte d'un caractère potestatif, c'est-à-dire lorsque sa mise en

⁸⁶⁶ Voir en ce sens : Cass. 1^{ère} civ., 5 janvier 1967, *D.* 1967, p. 430 ; Cass 3^{ème} civ., 12 janvier 1982, *Bull. civ.* 1982, III, n° 12.

⁸⁶⁷ Voir en ce sens : Cass. 3^{ème} civ., 13 avril 1972, *Bull. civ.* 1972, III, n° 232.

⁸⁶⁸ Voir en ce sens : CA Versailles 4 octobre 1996, *Bull. civ.* 1996, I, n° 254.

⁸⁶⁹ Voir en ce sens : Cass. 1^{ère} civ., 16 décembre 1959, *Bull. civ.* 1959, I, n° 542.

œuvre ne dépendra que de la volonté discrétionnaire de l'une des parties. Par ailleurs, elle est réputée non écrite dans le cadre de la vente de lots de copropriété⁸⁷⁰. En dernier lieu, il est à préciser que dans le cadre des ventes effectuées à tant la mesure, la validité de telles clauses paraît plus qu'incertaine dès lors que les parties ont justement souhaité faire de la délivrance conforme une obligation du vendeur.

⁸⁷⁰ Voir en ce sens l'article 43 de la loi du 10 juillet 1965 modifiée par la loi n°2006-872 du 13 juillet 2006 - art. 95 JORF 16 juillet 2006 disposant : « *Toutes clauses contraires aux dispositions des articles 6 à 37, 41-1 à 42 et 46 et celles du décret prises pour leur application sont réputées non écrites. Lorsque le juge, en application de l'alinéa premier du présent article, répute non écrite une clause relative à la répartition des charges, il procède à leur nouvelle répartition* ».

Conclusion du Chapitre 2

La négociation des garanties

726. La maîtrise du risque de résolution de la vente par la négociation des garanties attachée à la vente d'immeuble — Au cours du développement précédent, nous avons pu illustrer le fait que les garanties qui pèsent sur le vendeur pourront provoquer la résolution de la vente. Pour les parties, elles sont donc constitutives d'un risque tenant à l'anéantissement de la vente postérieurement à la signature de l'acte. La question de leur aménagement par le biais de clauses spécifiques (et donc de leur éventuelle exclusion ou limitation dans leur champ d'application) est à considérer au regard d'un axe de réflexion double.

Tout d'abord, l'aménagement de ces garanties considéré sous le seul prisme de la sécurité juridique tenant à la validité de l'acte de vente, plaide pour leur exclusion contractuelle lorsqu'elle est possible ou à tout le moins pour une minoration de leur champ d'application. En effet, tant le vendeur que l'acquéreur souhaiteront à terme se prémunir contre les effets désastreux d'un anéantissement du contrat, notamment au regard du coût de la procédure de data-room. Néanmoins, force est de constater que ces garanties constituent pour l'acquéreur autant de remèdes à une dégradation de la valeur économique de l'immeuble. Au contraire, la résolution de la vente et la perte des frais engagés pour diligenter les audits représenteront un moindre mal pour lui, en considération d'une absence d'exploitation commerciale normale de celui-ci. En considération de cette clé de lecture, l'acquéreur n'a que peu d'intérêt à laisser le vendeur organiser librement l'aménagement contractuel des garanties attachées à la vente de l'immeuble qui lui permettront de minorer sa responsabilité, de telle sorte qu'il serait compliqué pour lui d'obtenir la réparation de son préjudice. Pour éviter que le vendeur n'abuse d'une position de force procédant d'une négociation qu'il aura dominée de bout en bout durant la procédure de data-room, le législateur ainsi que les tribunaux ont encadré les possibilités d'aménagement conventionnel de ces différentes garanties. Ainsi, quand bien même elle pourrait être aménagée par le biais de clauses restrictives ou limitatives, la garantie d'éviction ne pourra jamais être exclue par voie de stipulations expresses. Il en va autrement pour la garantie des vices cachés ainsi que pour celle de contenance qui intègrent la qualité de professionnel de l'immobilier de l'acquéreur et transfèrent sur lui la charge du risque tenant à leur exclusion.

En tout état de cause, bien qu'étant de nature à faire peser sur les parties le risque de voir la vente résolue, ces garanties n'en sont pas moins de puissants leviers de maîtrise des différents risques susceptibles de contaminer la vente et de s'opposer à l'exploitation commerciale de l'immeuble. Elles sont donc à analyser comme constituant autant de remèdes pour le vendeur, lui permettant de s'assurer de la pertinence de son investissement. Leur négociation doit se faire au regard de la péréquation suivante : limiter le risque de résolution tout en garantissant à l'acquéreur une protection suffisante de ses intérêts dans le futur.

Conclusion du Titre 2

L'acte de vente

727. La maîtrise du risque par le biais de la technique contractuelle dans l'acte de vente – La vente de l'immeuble sera parfaite le jour de la signature de l'acte authentique, cependant, elle pourra être remise en cause dans le futur dès lors que l'une des parties en demandera la nullité (soit sur le fondement de la théorie des vices du consentement, soit par le biais de la mise en œuvre d'une garantie légale attachée à la vente d'immeuble).

La maîtrise du risque procédant de cette possible nullité est fonction de la technique contractuelle qui propose un ensemble de remèdes autorisant l'aménagement du régime tant de l'erreur spontanée (erreur sur les qualités substantielles de l'immeuble) que de l'erreur provoquée (dol). Toutefois, force est de constater que si l'acte de vente peut permettre aux parties de disposer de certains remèdes propres notamment à évacuer le risque procédant de l'erreur sur les qualités substantielles, aucune stipulation contractuelle ne pourra avoir pour objet de prémunir le vendeur contre un comportement intentionnellement coupable notamment en considération de sa réticence dolosive. Il existe une différence fondamentale entre l'aménagement du risque portant sur l'aléa de la découverte d'un événement fortuit propre à s'opposer à l'exploitation normale de l'immeuble commerciale et celle d'un événement procédant d'une stratégie de dissimulation du vendeur. De plus, la qualité de professionnel de l'immobilier tant du vendeur que de l'acquéreur influe sur cette maîtrise du risque et leur permet de disposer d'une marge de manœuvre plus souple dans l'organisation de leur rapport contractuel. A ce titre, l'un et l'autre, coutumiers de la procédure de data-room sont sensés connaître la portée de leur engagement et les tribunaux leur reconnaissent ce faisant une capacité de discernement accrue propre à favoriser un traitement conventionnel du risque. À ce titre, l'appréciation de l'erreur et de la garantie de vices cachés peut être traitée de façon à dégager la responsabilité du vendeur. En revanche, la sanction d'un comportement intentionnellement frauduleux, ou l'atteinte à l'ordre public procédant de l'éviction ne pourront pas s'assoir sur le contrat pour désengager le vendeur de ses obligations tantôt de transparence, tantôt de garantie.

Conclusion de la Partie 2

La maîtrise du risque lors de la phase contractuelle

728. La maîtrise du risque afférent à la vente par le biais de la promesse et l'acte de vente — Tant la promesse de vente que l'acte de vente définitif octroient aux parties la possibilité de maîtriser certains des risques afférents à la vente. Nous utilisons ici volontairement le pluriel pour parler de « risques » et non d'un « risque unique ». En effet, ces deux conventions n'ont pas vocation à avoir une approche similaire d'un même « risque » qui pèserait sur les parties et qui pourrait ce faisant faire l'objet d'un double niveau de protection.

Les promesses de ventes donnent lieu à un traitement du risque opérationnel, c'est-à-dire du risque inhérent à la réalisation de l'opération contractuelle voulue par les parties et tributaires des différentes composantes de l'immeuble : juridique, fiscale, économique, financière, environnementale... Chacun d'eux pourra faire l'objet d'une condition suspensive qui en cas de défaillance s'opposera à la formation de la vente. Les parties acceptent alors volontairement de s'exposer à un nouveau risque juridique procédant de la mise en œuvre de leur responsabilité contractuelle en cas d'inexécution des obligations nées de la promesse, afin de pouvoir disposer d'un outil contractuel propre à leur permettre de traiter ces différents risques opérationnels qui détermineront leur consentement futur à vendre et à acquérir. Ce risque juridique nouveau peut toutefois être largement aménagé par le biais de stipulations spécifiques.

L'acte de vente a vocation à intégrer les risques opérationnels par le biais de l'aménagement contractuel des différentes garanties légales. De plus, il s'inscrit dans une recherche de sécurité juridique, c'est-à-dire pour les parties de s'assurer de sa pleine efficacité pour l'avenir. Celle-ci étant tributaire de sa validité, il permet aux parties de maîtriser dans une certaine mesure le risque juridique afférent tant à sa nullité, qui pourrait être demandée sur le fondement des vices du consentement, qu'à sa potentielle résolution, qui pourrait procéder de la mise en œuvre d'une garantie légale ou contractuelle.

En définitif, nous pouvons affirmer que la promesse comme l'acte de vente constituent des leviers de maîtrise tant du risque opérationnel que du risque juridique et s'intègrent ce faisant dans la logique générale de maîtrise du risque procédant de la procédure de data-room.

CONCLUSION GENERALE

729. Quid de la compatibilité de la procédure de data-room avec la maîtrise du risque — La procédure de data-room est l'une des illustrations de la financiarisation grandissante du secteur immobilier dont la finalité est, pour les professionnels de l'investissement, d'établir une analogie entre les opérations d'arbitrage commercial portant sur des actifs immobiliers et ceux ayant pour objet des actifs traditionnels (actions, obligations). Cette analogie se retrouve notamment lors de l'utilisation de méthodologies d'estimation de la valeur de l'immeuble en fonction de son revenu annuel, du calcul de son rendement et de sa rentabilité. La procédure de data-room, en tant que technique de vente des immeubles, est en adéquation avec la logique financière des investisseurs. Elle permet d'organiser une rotation rapide des patrimoines immobiliers en contournant notamment le caractère peu liquide des immeubles tout en satisfaisant à l'impérieux besoin de sécurité juridique qu'ils attendent lors de la réalisation d'une telle opération contractuelle.

Son arrivée dans le paysage juridique français n'a pas été sans soulever un certain nombre de questions. Tout d'abord celle de son régime qui dans le silence du législateur relève du droit commun et de la volonté des parties. En effet, la maîtrise du risque juridique procédant de l'engagement de leur responsabilité lors de la vente, leur impose de déterminer à quelles conditions celle-ci pourra être recherchée et ce en considération des différents ordres de responsabilité et de leur articulation (notamment lors de la phase précontractuelle). Ensuite, dès lors qu'il incombe aux candidats-acquéreurs de déterminer le prix d'achat de l'immeuble, ceux-ci se retrouveront inexorablement confrontés à un écheveau complexe de règles de droit pouvant parfois n'apparaître à leurs yeux que sous la forme du manteau d'Arlequin, et induisant le risque de se tromper lors de la valorisation de l'immeuble (par la mauvaise appréciation d'une des composantes de l'immeuble : fiscale, environnementale, juridique ...)

De prime abord, la procédure de data-room nous semblait-elle être une cote mal taillée, peu compatible avec la maîtrise du risque tant juridique qu'opérationnel attendu par les parties lors de sa mise en œuvre. Pourtant, nous avons constaté que la pratique la plébiscitait et en avait fait la technique de vente usuelle à chaque fois que son objet était un immeuble de placement. Il y avait là un décalage entre ce constat initial et la réalité de la pratique. Partant de l'hypothèse que les acteurs de la vie économique ont un comportement rationnel et agissent rarement à l'encontre de leurs intérêts, le recours à la procédure de data-room devait nécessairement leur permettre d'atteindre leur objectif initial (la réalisation de la vente), tout en disposant de possibilités de maîtriser le risque inhérent à l'opération contractuelle. Il

s'agissait alors de l'analyser comme permettant de concilier deux impératifs tenant d'une part à la souplesse que nécessite la prise en compte de la casuistique propre à chaque vente d'immeuble, et d'autre part la détermination d'un cadre légal dans lequel les parties puissent inscrire leur relation d'affaire.

La conciliation des impératifs de souplesse et de sécurité juridique lors de la phase précontractuelle : le régime des pourparlers — Le régime de responsabilité précontractuelle applicable à la procédure de data-room fait intervenir différents ordres de responsabilité : civile (délictuelle et contractuelle) et pénale.

Dans un premier temps, le droit commun de la responsabilité civile délictuelle et plus exceptionnellement celui de la responsabilité pénale permettent la sanction de la faute commise par l'une des parties lors de la négociation. Dans un second temps, et dès lors que la phase des pourparlers a donné lieu à la conclusion de documents préparatoire dont nous avons pu déterminer la valeur contractuelle, l'inexécution des obligations librement acceptée par les parties (et nécessaires à la construction d'un cadre juridique optimale dans lequel elles puissent inscrire leur relation d'affaire) donne lieu à l'engagement de leur responsabilité contractuelle précontractuelle. Force est de constater que c'est cette contractualisation des pourparlers qui permet d'introduire la souplesse nécessaire pour la prise en compte de la casuistique propre à chaque vente d'immeuble (les obligations contractuelles mises à la charge des parties pourront fluctuer en fonction de l'opération contractuelle envisagée : devoir d'information plus moins étendu, obligation de confidentialité plus ou moins contraignante, éventuelle négociation d'une exclusivité ...), mais également d'atteindre un niveau de sécurité juridique bien supérieur à ce qu'offre le droit commun des pourparlers en renforçant certaines obligations et devoirs des parties par le biais de ces contrats préparatoires. Les parties, pourront définir le contenu des leurs obligations, aménager les conditions d'engagement de leur responsabilité contractuelle ainsi que les modalités de réparation de l'inexécution. Ces documents préparatoires, connus du droit français, et parfaitement adaptés à la procédure de data-room permettront l'élaboration d'un régime juridique à géométrie variable fonction de la volonté des parties. Ils sont de plus un remède parfait contre le flou entourant le régime des pourparlers.

La conciliation des impératifs de souplesse et de sécurité juridique lors de la phase contractuelle : la technique contractuelle — Lors de la procédure de data-room, les parties formalisent la négociation par le biais d'une promesse avant de réitérer par la suite leur consentement par acte authentique.

Classiquement, le recours à la promesse de vente va permettre aux parties de s'engager l'une envers l'autre tout en conditionnant la formation de la vente à la levée d'un ensemble de conditions suspensives. L'acquéreur devra alors distinguer entre les risques qu'il accepte de supporter et ceux qui s'opposent économiquement à la formation de la vente. Partant, l'ensemble des risques traités dans le corps de la promesse sous la forme de conditions suspensives correspond à cette deuxième catégorie.

La rédaction de l'acte de vente permet aux parties un aménagement certain des différentes garanties légales propres à prémunir l'acquéreur contre un trouble affectant l'immeuble. Tout comme la promesse, son contenu fera l'objet d'après négociations. En sa qualité d'ancien propriétaire, le vendeur cherchera à minimiser le champ des garanties légales afin de se désengager d'un immeuble sur lequel un appel en garantie se traduirait par une perte économique. En revanche, l'acquéreur voudra pour sa part obtenir un champ de garantie le plus large possible, de façon à attribuer au vendeur la réparation économique d'un trouble affectant l'immeuble. La qualité des parties leur permet de pousser cette logique de négociation à l'extrême : elles pourront ainsi stipuler des clauses élusives ou restrictives de garantie, sous réserve des dispositions d'ordre public. Partant, la garantie des vices cachés pourra être complètement exclue, de même que la garantie de contenance. En revanche, la garantie d'éviction ne pourra jamais faire l'objet d'une exclusion totale.

Le régime juridique de la vente d'immeuble s'adapte aux enjeux de la procédure de data-room notamment en raison de la qualité des parties. L'impératif de souplesse est rendu possible par les nombreux aménagements contractuels dont peuvent faire l'objet tant la promesse que l'acte de vent définitif. De surcroît, le régime de ces deux conventions n'est pas exclusif des règles de la responsabilité civile délictuelle qui garantissent les parties aussi bien contre l'erreur provoquée que l'erreur spontanée. Le régime de la responsabilité délictuelle afférent aux vices du consentement (erreur et dol) permet de sécuriser la phase contractuelle. Celui de la responsabilité contractuelle afférent aux conventions échangées entre les parties permet quant à lui de définir précisément les obligations de chacun ainsi que leurs modalités d'exécution. En définitive, le régime de la phase contractuelle permet bien une maîtrise de la

notion de risque juridique propre à la procédure de data-room qu'il concilie avec la souplesse nécessaire à sa bonne mise en œuvre.

La procédure de data-room permet un traitement efficace du risque opérationnel

— Le risque opérationnel est propre au vendeur. Il participe de la procédure de data-room lors de laquelle il devra déterminer le prix d'acquisition de l'immeuble. Ainsi, la mise en place d'une data-room, véritable clé de voûte de la procédure, doit-elle lui permettre de satisfaire cet objectif. Ses principes directeurs permettent une transparence totale dans la communication de l'information pour laquelle les deux parties ont un intérêt. Néanmoins, la valorisation ne peut procéder que d'une compréhension juridique globale de chacune des composantes de l'immeuble.

La problématique afférente à la multiplicité de normes d'origine légale ou réglementaire nécessaires à l'accomplissement de cette opération ne va pas dans le sens d'une maîtrise efficace du risque. En effet, la data-room n'est souvent ouverte que pendant un temps relativement court. Les candidats-acquéreurs devront alors se concentrer sur ses éléments les plus importants, c'est-à-dire ceux qui renvoient à la maîtrise des risques opérationnels les plus contraignants. Pour ce faire, nous avons proposé une méthodologie d'audit visant à identifier ces facteurs de risques opérationnels les plus graves. Il s'agit de ceux dont la non-prise en compte lors de la valorisation de l'immeuble aura pour incidence une très forte surévaluation de son prix d'achat. Pour ce faire, nous avons analysé toutes les situations de droit (retrait potentiel des autorisations de construire et d'exploiter, non-respect de la réglementation inhérente aux établissements recevant du public ...) dont la résultante serait une impossibilité pour l'acquéreur d'exploiter l'immeuble (et donc d'en percevoir le revenu) conformément à ses prévisions d'acquisition. Nous avons volontairement adopté une approche la plus large possible, aussi ne nous sommes-nous pas cantonnés à traiter des situations de droit afférentes à la pérennité de l'exploitation de l'immeuble (autorisation de construire et d'exploiter) mais avons également passé en revue toutes celles de nature à obérer son revenu (revue des baux, pollution du sol...).

Quid de l'opportunité d'une intervention législative fixant le régime de la procédure de data-room ? — De façon conclusive, il nous appartient de nous poser la question de l'opportunité d'une intervention législative propre à encadrer la procédure de data-

room et à la doter d'un régime qui lui serait spécifique. Une telle intervention répondrait à la problématique de la sécurité juridique attachée à cette procédure, puisqu'elle pourrait organiser la détermination des différents ordres de responsabilité ainsi que leur articulation et ce à chacune de ses phases. De plus, une telle intervention permettrait de définir les obligations des parties à chaque étape, mais aussi les sanctions afférentes à leur inexécution. Ainsi, la logique de contractualisation des pourparlers n'aurait-elle plus de raison d'être dès lors que ces conventions auraient pour objectif premier d'organiser la négociation, ce que la norme de droit nouvellement créée ne manquerait pas de faire.

À notre sens, une telle intervention n'est pas souhaitable. Elle risquerait d'enfermer la procédure de data-room dans un carcan trop strict et difficilement compatible avec l'exigence de souplesse qui préside à sa mise en œuvre. La loi ne pourrait pas prendre en considération l'ensemble des spécificités propres à chaque cas d'espèce. Or, c'est bien cette prise en compte de la casuistique que recherchent les parties. Ainsi, la logique de contractualisation lors de la phase précontractuelle ainsi que la phase contractuelle, permet-elle l'intégration des spécificités de chaque immeuble dans la procédure d'une part, et l'adaptation en considération des impératifs des parties d'autre part : niveau de confidentialité, temps nécessaire à la réalisation de l'opération contractuelle, niveau de coercition en considération de la sanction contractuelle afférente à l'inexécution des obligations des parties.

BIBLIOGRAPHIE

I : TRAITES, MANUELS ET OUVRAGES GENERAUX :

ACHOUR (D.) et COLOOS (B.), *L'investissement immobilier : Analyse de rentabilité, financement, évaluation*, Le Moniteur, coll. Cep moniteur, Paris, 1993.

ALBOUY (M.), *Finance immobilière et gestion de patrimoine*, Economica, coll. Finance, Paris, 2009.

AVELINE-DUBACH (N.), *Immobilier, l'Asie, la bulle, et la mondialisation*, CNRS édition, Paris, 2008.

AZEMA (G.), *Promesse et compromis de vente*, 6^{ème} éd., Delmas, Paris, 1997.

AYNES (L.), MALAURIE (Ph.), et STOFFEL-MUNCK (Ph), *Les obligations*, Defrénois, 6^{ème} éd., Paris, 2013.

AYNES (L.), GAUTIER (P-y) et MALAURIE (Ph.), *Les contrats spéciaux*, 6^{ème} éd., Defrénois, Paris, 2012.

BAUDRY-LACANTINERIE (G.), *Traité théorique et pratique de droit civil, de la vente et de l'échange*, Paris, Librairie de la société du recueil et du journal du Palais, Paris 1908.

BENABENT (A.), *Droit civil, Les obligations*, Domat Montchrestien, 13^{ème} éd., Paris, 2012.

BENAC-SCHMIDT (F.), *Le contrat de promesse unilatérale de vente*, LGDJ, Paris, 1983.

BERGEL (J-L.), BRUSHI (M.) et CIMAMONTI (S.), *Les biens, Traité de droit civil*, 2^{ème} éd., LGDJ, Paris, 2010.

BIHR (Ph.) et GROSS (B.), *Contrats civils et commerciaux, Tome 1, Ventes civiles et commerciales, baux d'habitation, baux commerciaux*, 2^{ème} éd., PUF, Paris, 2008.

BUGNET (J.), *Œuvres de Pothier annotées et mise en corrélation avec le Code civil et la législation actuelle*, t. II, Cosse et Plon, Paris, 1861.

CARBONNIER (J.),

- *Droit civil : Tome 3, Les biens*, PUF, Coll. Thémis Droit privé, 19^{ème} éd., Paris, 2000.

- *Droit civil, Tome 4, Les obligations*, PUF, Coll. Thémis Droit privé 22^{ème} éd., Paris, 2000

CARLUER-LOSSOUARN (F.),

- *La saga du commerce français*, Edition Dauvers, Rennes, 2004.

- *L'aventure des premiers supermarchés*, Linéaires-Editions du Boisbaudry, Paris, 2007.

CAPITANT (H.), *De la cause des obligations*, Ed. de la mémoire du droit, Coll. de la Faculté Jean-Monnet, Paris, 2012.

CHARPENTIER (L.), *Financement et investissement immobilier*, Economica, coll.Finance, Paris, 2012.

COLLA (E.), *La grande distribution en Europe*, Vuibert, Paris 1997.

CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, éd PUF, Coll. Quadrige Dicos Poche, Paris, 2011.

CONTE (P.), *Droit pénal spécial*, LexisNexis, Manuel, Paris, 2013.

FABRE-MAGNAN (M.), *De l'obligation d'information dans les contrats : essai d'une théorie*, LGDJ, Paris, 1992.

FARJAT (G.), *Droit privé de l'économie, t.2, Théorie des obligations*, PUF 1975.

FERNOUX (P.), *Gestion fiscale du patrimoine*, Groupe revue fiduciaire, 18^{ème} éd. Paris, 2013.gh

FISHER (I.), *La théorie de l'intérêt*, Mac Millian, New York, 1930.

FLOUR (J.), **AUBERT (J-L.)** et **SAVAUX (E.)**, *Les obligations, Tome 1, L'acte juridique*, Armand Colin, 14^{ème} éd., Paris, 2012.

FRESNEAU (J-A.) et **SCHWARTZ (R.)**, *Guide juridique et pratique de l'urbanisme commercial*, EFE 3^{ème} éd., Paris, 2008.

GENY (F.), *R. Demogue et les notions fondamentales de droit privé, essai critique*, L. Larose et L. Tenin, Paris 1911.

GHESTIN (J.), **GOUBEAUX (G.)** et **FABRE-MAGNAN (M.)**, *Traité de droit civil, t. 1, Introduction générale*, 4^{ème} éd., Paris, 1994.

GHESTIN (J.), **JAMIN (C.)**, **(BILLIAU M.)**, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, LGDJ, 2^{ème} éd., Paris, 1998.

IHERING von (I.), *De la Culpa in contrahendo ou des dommages et intérêts dans les conventions nulles ou restées imparfaites*, Œuvres choisies, 1893.

JOURDAIN (P.) et VINEY (G.), *Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 3^é éd., Paris, 2006.

JEFFERS (E.) et PLIHON (D.), *Importance et diversité des investisseurs institutionnels*, Documentation Française, Paris, 2002.

JESTAZ (Ph.), MARTY (G.) et RAYNAUD (P.), *Droit civil, Les obligations, t. 1, Les sources*, Sirey, 2^éme éd., Paris, 1988.

LABARTHE (F.), *La notion de document contractuel*, LGDJ, 1994, Paris, p. 341.

LARROUMET (C.), *Droit civil, Tome 3, Les obligations, le contrat, 1^{ère} partie : les conditions de formation*, Economica, 6^éme éd., Paris, 2007.

LEDOIT (A.) et LEDOIT (F.), *Cours d'économie immobilière*, Economica, coll. L'Immobilier en perspective, Paris, 2012.

LEQUETTE (Y), SIMLER (P.) et TERRE (F.), *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 11^éme éd., Paris, 2013.

LETANG (P.), *Urbanisme commercial*, 2^éme éd., Paris, 2004.

MALLE (R.) et SIMON (A.), *Introduction à la finance et à l'économie immobilière*, Economica Gestion Poche, Paris, 2009.

MESSERLIN (P.), *La révolution commerciale*, Bonnel, Paris, 1982.

MERA (K.) et RENAUD (B.), *Asia's Financial Crisis and the role of the real estate*, Me Sharpe London, 2000, p. 275.

MICHAUD (Y.), *Violence et politique*, Gallimard, coll. « Les essais », Paris 1978.

GUIBAL (M.), MAINGUY (D.) et MOUSSERON (J-M), *L'avant-contrat*, Francis Lefebvre, Paris, 2001.

GODÉ (P.), *Volonté et manifestations tacites*, PUF, Paris, 1977.

GOETHE Von (W.), *Sentences en prose*, 1870.

GOUDRON (J-O.), *Banque et promotion immobilière, la gestion du risque de crédit. Analyse et mise en pratique des dispositifs bancaires dans une opération de promotion*, Edition Universitaire Européenne, Paris, 2011.

LAPEYRE (A.), *La promesse de vente*, Litec, Paris, 1975.

RIVES (M.), *Traité d'économie commerciale*, PUF, Paris, 1958.

ROMANET-PERROUX (A.) et THOMAS (P.), *Real Estate, finance de l'immobilier*, La revue de la banque, coll. Les essentiels de la banque et de la finance, Paris, 2012.

PLANIOL (M.), *Traité élémentaire de droit civil*, t.2, 7^e éd., LGDJ, Paris, 1917.

ROUBIER (P.), *Droit de la propriété industrielle*, Paris, Recueil, Sirey, 1952.

SAINT-ALARY-HOUIN (C.), *Réflexions sur le transfert différé de la propriété immobilière*, Mélanges Raynaud, éd. Dalloz, Paris, 1985.

SALEILLES (R.), *Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'Empire allemand*, LGDJ, 3^{ème} éd., Paris, 1925.

SCHMIDT (J.), *Négociation et conclusion de contrat*, éd. Dalloz, Paris 1982.

THAUVRON (A.), *Gestion de patrimoine, stratégies juridiques, fiscales et financières*, Dunod, coll. Management supérieur, Paris 2013.

TERRÉ (F.),

-*Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, coll. «Thèmes & commentaires» ; Paris 2008

-*Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Dalloz coll. «Thèmes commentaires», Paris, 2011.

THIL (E.), *Les inventeurs du commerce moderne*, Arthaud, Paris, 1966.

VIGNY (J.), *La distribution*, Sirey, Paris 1990.

VILLERMET (J-M.), *La naissance de l'hypermarché*, Armand Colin, Paris, 1991.

II : THESEES, COURS ET OUVRAGES SPECIAUX :

AUBERT (J.L.), *Notion et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, thèse, LGDJ, Paris, 1970.

BERLIOZ (G.), *Le contrat d'adhésion*, thèse, 2^{ème} éd., LGDJ, Paris, 1973.

CAURA (M.), *Secret et contrat*, thèse, Lille 2, 2001.

CHAPUIS (J-L), *La faute chez Domat*, Mémoire de D.E.A., Dijon, 1994.

DELOMMEZ (P.), *Des promesses unilatérales de ventes d'immeubles*, Thèse, Lille, 1947.

MANIN (F.), *Les investisseurs institutionnels*, Thèse Paris I, 1997.

LEX (F.), *Asset Management immobilier*, Cours de l'ESSEC, Paris, 2006.

HUET (J.), *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle. Essai sur la délimitation entre les deux ordres de responsabilité* : Thèse, Paris 1978.

MALAQUIN (A.), Cours d'expertise immobilière, ICH Paris, 2013

THOMAS (F.), *La procédure d'open bid*, Mémoire du diplôme supérieur du notariat, Université Paris II Panthéon-ASSAS, Paris, 1995.

THION (B.), *Valeur, prix et méthodes d'évaluation en immobilier*, Etude pour le CEREG Paris Dauphine, 2010.

III : ARTICLES ET CHRONIQUES

AGASSE (G.) et EUDES (L.), « La technique de l'*open bid* », *Dr. & patr.* 1997, n° 55, p. 42.

COURET (A.), « Les accords préliminaires dans les cessions de droits sociaux », *Dr. & soc.*, 1998, n°41.

AYNES (L.), « La condition suspensive d'obtention d'un prêt dans une promesse unilatérale de vente », *Defrénois*, 1988, n° 34345.

BENAC-SCHMIDT (F.),

- « La promesse unilatérale de vente : à propos de deux questions d'actualité », *D.*1990, p. 7.

- « Le contrat de promesse unilatérale de vente », *Revue internationale de droit comparé*, Vol 36, n° 4, octobre-décembre 1984, p. 864.

BENET (A.), « Indemnité d'immobilisation, dédit et clauses pénales », *JCP. G* 1987, I, n° 3274.

BEZ (J-M.), « La protection de l'emprunteur et la pratique notariale », *JCP. N* 1981, p. 125.

BOILLOT (C.), « L'obligation de ne pas faire : étude à partir du droit des affaires » *RTD. Civ* 2010, p. 243.

BOULARAN (A.), « Adjudication sur conversion de saisie. Formules », *JCP. N* 1989, n° 10.

BOYER (L.),

- « Les promesse synallagmatiques de vente. Contribution à la théorie des avant-contrats », *RTD. civ.* 1949, p. 198.

- « Clause de substitution et promesse unilatérale de vente », *JCP. G* 1987, I, n° 3310.

CASSIA (P.), « La sécurité juridique, un nouveau principe général du droit aux multiples facettes », *D.* 2006, p. 1190.

CEDRAS (J.), « L'obligation de négocier », *RTD. civ.* 1983. p. 265.

COLLART-DUTILLEUL (F.), « Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble, les risques de désordres », *Dt. & patr.* 1995, p. 58.

COUTANT-LAPALUS (C.) et COLLARD-DUTILLEUL (F.), « La condition suspensive d'obtention d'un prêt et les obligations de l'acquéreur-emprunteur », *JCP. N* 2013, n° 18.

COUTURIER (J-P.), « La résistible ascension du doute. Quelques réflexions sur l'affaire Poussin », *RTD. civ.* 1989, p. 295.

CRISTAU (A.), « L'exigence de sécurité juridique », *D.* 2002, p. 2814.

DECOTTIGNIES (R.), « L'erreur de droit », *RTD. civ.* 1951, p. 309.

DELESALLE (T.), « Les dangers de la procédure de *data-room* », *AJDI* 2001, p. 586.

DENIS (D.), « Quelques aspects de l'évolution récente du système des preuves en droit civil », *RTD. Civ.* 1977, p.671.

DESHAYES (O.), « Le dommage précontractuel », *RTD. Civ.* 2004, p. 187.

DISSAUX (N.), « Fonds de commerce : Cession, formation », *JCP. C* 2010, fasc. 202. p. 8.

DRAETTA (U.) et LAKE (R.), « Lettres d'intention et responsabilité contractuelle », *RDAI*, 1993, p. 850.

DUPUIS-TOUBOL (F.), « Violation de la confidentialité des négociations », *LPA*. 1990, n° 41, p. 7.

FAGES (B.), « Le comportement du contractant », *PUAM*. 1997, n° 573.

FILLION-DUFOULEUR (B.), *Nous l'arrêt de la première chambre du 10 octobre 1995*, *D.* 1996, p. 486.

GAGOLI (P.) et VALLANSAN (J.), « Liquidation judiciaire : la reprise d'une saisie immobilière en cours s'opère selon les règles de l'adjudication judiciaire », *Act. proc. coll.* juill., 2012, p. 1.

GHESTIN (J.),

- « La responsabilité délictuelle pour rupture abusive des pourparlers », *JCP. N* 2007, I, n° 20, p. 155.

- « Les dommages réparables suite à la rupture abusive des pourparlers », *JPC. G* 2007, n° 22, I, p.157.

GORDON (J-M.) et SHAPIRO (E.), “Capital Equipment Analysis : the required rate of profit”, *Management Science*, vol. 3, n°1, 1956, p. 102-110.

HELLIES-HASSID (M-L.), « Au bonheur des dames ou la leçon de commerce moderne de M. ZOLA », *Décisions Marketing*, 2000, n° 20, p. 35-46

HOLLANDER (S.), “The wheel of retailing”, *Journal of marketing*, 1960, p. 37-42.

JACOPIN (S.), « Le début d'une évolution sur la nature de la chose susceptible d'appropriation frauduleuse », *Dr. pén.* 2001, chron. n°16.

JACOTEY (C.) et MARX (M.), « L'expert immobilier et le perfectionnement de ses méthodes », *Réflexion immobilières*, n° 5, Mars 1994.

JOURDAIN (P.),

- « Responsabilité précontractuelle », *J-CI. Contrats Distribution*, 1996 Fasc. 35, n° 13.

- « Le devoir de se renseigner », *D.* 1983, p. 139.

KHDIR (M.), « Vers la fin de la fin de la sécurité juridique en droit français ? » *LPA*. n° 457, p. 9.

LARRALDE (D.), « Régime commun des décisions relatives aux permis et aux déclarations préalables », *JCP. A* 2007, n° 2034.

LATREILLE (A.), « Réflexion critique sur la confidentialité dans le contrat », *LPA*. 2006, n° 156, p. 7 et s.

LETANG (P.) « Transfert et déplacement de surfaces de vente », *Chronique le Moniteur, Code pratique de l'Urbanisme n° 3*, septembre 2000.

LOISEAU (G.), « Droit des contrats », *JCP. G* 2012, n° 43, p. 1151.

MALAQUIN (A.) et MARGIOCCHI (G.) « La méthode des Discounted Cash flow va-t-elle révolutionner l'expertise immobilière ? », *Réflexions immobilières*, n° 19, p. 43 et 47.

MAZEAUD (D.),

- « La réforme du droit français des contrats », *RJT*, 2010, n° 243.

- « Réparation des préjudices précontractuels : toujours moins... ? », *D.* 2006, p. 2964.

- « La genèse des contrats : un régime de liberté surveillée », *Dr & Patr.*, 1996, n° 96, p.44.

- « la condition suspensive d'obtention d'un prêt immobilier à l'épreuve de la jurisprudence : vers un juste équilibre », *JCP. N* 1993, I, p. 345.

- « La notion de clause pénale », *LGDJ, Bibliothèque de droit privé*, t. CCXXIII, 1992, n° 495, p. 288

- « Exécution des contrats préparatoires », *RDC* 2005, p. 61.

MET-DOMESTICI (A.), « La sécurité juridique : consécration d'une nouvelle exigence ancienne. Précisions sur les enjeux de la reconnaissance par le Conseil d'Etat du principe de sécurité juridique », *RRJ* 2007,IV, p. 1873.

MESTRE (J.), « De la notion de clause pénale et ses limites » ; *RTD. civ.* 1985, p. 372.

MUZNY (P.), « La prévisibilité normative : une solution absolument relative », *RRJ* 2006, I, p. 31.

NAJJAR (I.), « Option et substitution dans la promesse unilatérale de vente », *D.* 1988, p. 135.

OTTENHOF (R.), « Le droit pénal et la formation du contrat civil », volume 110, *Bibliothèque de droit privé, LGDJ*, 1970.

PACLOT (Y.), « L'inefficacité de la rétractation de la promesse unilatérale de vente, comme un coup de tonnerre dans le ciel des obligation », *JCP. G*, juin 2011, n° 25.

PASQUALINI (F.), « la révision des clauses pénales », *Deffrénois* 1995, p. 769.

REMY (P.), « Promesses unilatérales de vente d'immeuble », *RTD. civ.* 1985, p. 592.

SAUCIER (L.), « La data-room dans le cadre des dues diligences préalables à l'acquisition des titres d'une société cotée », *LPA*. 30 mai 2012, n° 108, p. 12 et s.

SCHMIDT (D.),

« Commentaire de la recommandation COB n° 2003 -01 du 6 novembre 2003, relative aux procédures dites de data-room », *JCP. A* avril 2004, n° 15, p. 560.

SCHMIDT (J.), « La période précontractuelle en droit français », *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 42 n° 2, avril-juin 1990, p.545 et s.

SCHUTZ (R-N.), « L'exécution des promesses de vente », *Defrenois* 1999, n° 37021, p. 833.

SPITERI (P.) « La vente aux enchères d'une entreprise (*open bidding*) », *JCP. G* avril 1991, n° 17.

SOUBISE (V.), « La transmission, par substitution de bénéficiaire, des droits conférés par une promesse de vente », *D.* 1994, chron., p. 237.

TESTUD (F-X.), « La confidentialité conventionnelle », *Dr & patr.*, 2002, n° 102, p. 81.

TOURNEAU le (Ph.), « La rupture des négociations », *RTD. C*, 1998, n° 13, p. 479.

V : ŒUVRES COLLECTIVES, RAPPORTS, RESOLUTIONS ET PROTOCOLES

ANCEL (P.), *Mélanges en hommage à Daniel Tricot*, Paris, Dalloz-Sirey/Litec, Paris, 2011.

BETOULLE (J.), « *Rapport annuel de la Cour de cassation – les Libertés* », Paris, 2011.

CONINCK de (B.), *Le droit commun de la rupture des négociations contractuelles*, in M. Fontaine (dir.), « Le processus de formation du contrat, Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen », Bruylant-LGDJ.

CATALA (P.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, La documentation Française, Paris, 2005.

CICERON, *De Officiis*, Livre III, XV, n° 65 et s. in *Les devoirs*, livre II et III, Société d'édition les Belles lettres. coll. « Guillaume Budé », 1984.

DESSEMONTET (F.), *Les accords de confidentialité*, in : mélanges Pierre Engel, Lausanne.

FONTAINE (M.), « Les lettres d'intention dans la négociation des contrats internationaux », in mélanges offert à M. FONTAINES *Droit et pratique du commerce international*, 1977, p. 73 et s.

HOONAKKER (P.), « Réflexions sur l'adjudication au poursuivant à défaut d'enchère » in *Mélanges offertes au Doyen Philippe Simler* », Dalloz Litec, Paris, 2006.

LEFEBVRE (F.), CMS Bureau Francis Lefebvre, Groupe Private Equity, *LBO Capital transmission*, 2^{ème} éd. Paris, 2013.

MAZEAUD (D.), « Mystères et paradoxes de la période précontractuelle », in *Le contrat au début du XXI^e siècle*, Étude offerte à Jacques Ghestin, LGDJ, Paris, 2001.

MEYSSAN (P.-J.), (Prés) du 99^{ème} congrès des notaires, *la vente d'immeuble sécurité et transparence, deuxième commission, de la vente de l'immeuble à son acquisition, le choix de l'avant-contrat*, Deauville, 25-28 mai 2003.

MOUSSERON (J.M.), « La durée dans la formation des contrats », Études offertes à A. Jauffret, Paris, 1974.

RIEG (A.), « La punctuation, contribution à l'étude de la formation successive du contrat », *Mélanges Alfred Jauffret*, 1974, p. 593.

TEYSSIE (B.), « L'impératif de sécurité juridique » in *Le monde du droit*, écrits rédigés en l'honneur de F. FOYER, Economica, Paris, 2008.

V : NOTE SOUS ARRETS

AUBERT (J-L.),

- Observations sous l'arrêt de la chambre commerciale du 14 mars 1972, *Defrénois* 1973, art. 30293, p. 446.

- Observations sous l'arrêt de la troisième chambre civile du 27 novembre 1979, *Defrénois* 1980, art. 32421, p. 1209.

- Observations sous l'arrêt de la première chambre civile du 26 octobre 1983, *Bull. civ.* 1983, *Defrénois* 1984, art. 33368, p. 341.

- Notes sous l'arrêt de la première chambre civile du 13 décembre 1983, *D.* 1984, p. 341.

- Observations sous l'arrêt de la première chambre civile du 4 octobre 1988, *Bull. civ.* 1988, *D.* 1989, p. 229.

- Observations sous l'arrêt de la première chambre civile du 19 juin 1990, *Defrénois* 1990, n° 18, p. 1026.
- Notes sous l'arrêt de la troisième chambre civile du 27 mars 1991, *Defrénois* 1991, art. 35142, p. 1265.
- Observations sous l'arrêt de la première chambre civile du 27 janvier 1993, *Defrénois* 1993, art.35572. p.730.
- Observations sous l'arrêt de la première chambre civile du 13 novembre 1997, *Defrénois* 1998, n° 36753, p. 358.

AYNES (L.),

- Notes sous l'arrêt de la troisième chambre civile du 1^{er} avril 1987, *D.* 1987, p. 544.
- Observations sous l'arrêt de la troisième chambre civile du 15 décembre 1993, *D.* 1995, p. 87.

BENAC-SCHMIDT (F.),

- Notes sous l'arrêt de la troisième chambre civile du 5 décembre 1984, *D.* 1985, p. 544.
- Notes sous l'arrêt de la chambre commerciale du 15 décembre 1993, *D.* 1994, p. 507.

BILILAU (M.), Observations sous l'arrêt de la première chambre civile du 21 février 1995, *JCP. G* 1995, I, n° 3867, n° 9.

BOULOC (B.), Observations sous l'arrêt de la première chambre civile 20 juin 1995, *RTD com.* 1996, p. 105.

BOUZAT (P.), Notes sous l'arrêt de la chambre criminelle du 25 octobre 1962, *D.* 1963, p. 221.

BRETON (A.), Notes sous l'arrêt de la chambre civile du 20 mai 1936, *S.* 1937, 1, p. 32.

BRILL (J-P.), Notes sous l'arrêt de la chambre commerciale du 21 décembre 1987, *D.* 1989. 112.

CANNU le (P.), Notes sous l'arrêt de la chambre commerciale du 18 mars 1997, *Bull. Joly* 1997, n° 538.

CHAUVEL (P.),

- Notes sous l'arrêt de la chambre commerciale du 7 janvier 1997, *D.* 97, I, p. 322.
- Notes sous l'arrêt de la chambre commerciale en date du 21 mars 2000, *Dr. & patr.*, oct. 2000, p. 103.
- Observations sous l'arrêt de la troisième chambre civile du 28 mai 2002, *Dr & Patr.* Octobre 2002, p. 101.

CHEVALLIER (J.), Observations sous l'arrêt de la première chambre civile du 2 mars 1964, *RTD. civ.* 1965, p. 112.

CONSTANTIN (A.), Observations sous l'arrêt de la troisième chambre civile du 27 mars 2008, *JCP. G* 2008, I, p. 218.

DELEBECQUE (Ph.),

- Notes sous l'arrêt de la Cour administrative de Paris du 15 septembre 1992, *D.* 1993, p.98.
- Observations sous l'arrêt de la troisième chambre civile du 15 décembre 1993, *Deffrénois* 1994, p. 795.
- Observations sous l'arrêt de la première chambre civile du 3 juillet 1996, *D.* 1996, p. 323.

DION (S.), Notes sous l'arrêt de la première chambre civile du 23 avril 1985, *D.* 1985, p. 558.

DURRY (G.),

- Observations sous l'arrêt de la chambre commerciale du 20 mars 1972, *RTD. Civ.* 1972, p. 780.
- Observations sous l'arrêt de la chambre commerciale du 25 juin 1980, *RTD Civ.* 1981, p. 157.
- Observations sous l'arrêt de la première chambre civile du 14 décembre 1982, *RTD civ.* 1983, p. 544.

FAGES (B.), Notes sous l'arrêt de la première chambre civile du 6 janvier 1998, *JCP.G* 1998, II, n° 10066.

GAUTIER (P-Y.), Observations sous l'arrêt de la chambre sociale du 12 février 1997, *RTD. civ.* 1997, p. 693.

GELOT (B.), Notes sous l'arrêt de la troisième chambre civile du 12 mars 2003, *Deffrénois* 2004, n° 37916, p. 516.

GHESTIN (J.),

- Notes sous l'arrêt du TGI de Fontainebleau du 9 décembre 1970, *D.* 1972, p. 89.
- Notes sous l'arrêt de la troisième chambre civile du 6 novembre 1971, *JCP. G* 1971, II, n° 16942.
- Notes sous l'arrêt de la chambre commerciale du 14 mars 1972, *D.* 1972, p. 653.
- Observations sous l'arrêt de la chambre commerciale du 13 octobre 1980, *D.* 1981, p. 309.
- Notes sous l'arrêt de la troisième chambre civile du 3 février 1981, *D.* 1984, p. 457.

GILIG (D.), Notes sous l'arrêt de la troisième chambre civile du 16 mars 2005, *JCP Env.* juin 2005, p. 23.

GOURIO (A.), Notes sous l'arrêt de la première chambre civile du 9 décembre 1992, *JCP. N* 1993, II, p. 121.

GROSLIERE (F.) et SAINT-ALARY-HOUIN (C.), Observations sous l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 15 avril 1999, *RD imm.* 1999, p. 419.

HEUGAS-DARRASPEN (H.),

- Observations sous l'arrêt de la troisième chambre civile du 7 novembre 2007, *RD imm.* 2008, p. 262.

- Observations sous l'arrêt de la troisième chambre civile 16 janvier 2013, *RD imm.* 2013, p. 149.

HOUTCIEFF (D.), Notes sous l'arrêt de la chambre commerciale 20 octobre 2009, *Bull. civ.*, IV, n° 127.

IZROCHE (M-L.), Notes sous l'arrêt de la chambre commerciale du 4 mai 1993, *JCP. E* 1994, I, n° 310.

JAMIN (C.), Notes sous l'arrêt de la première chambre civile du 3 mai 2000, *JCP. G* 2001, II, n° 10510.

JOSSERAND (L.), Notes sous l'arrêt de la chambre civile du 23 novembre 1931, *Gaz. Pal.* 1932, I, p. 96.

JOURDAIN (P.),

- Notes sous l'arrêt de la troisième chambre civile du 16 mars 2005, *RTD civ.*, 2005, p. 784.

- Observations sous l'arrêt de la chambre commerciale du 28 mai 2010, *RTD civ.*, 2010, p. 790.

LAITHIER (Y-M.), Notes sous l'arrêt de la chambre commerciale du 13 juillet 2010, *RDC*, 2011, p. 51.

LAMY (B.), Observations sous l'arrêt de la chambre criminelle du 10 octobre 2001, *D.* 2002, p. 1796.

LARROUMET (C.),

- Notes sous l'arrêt de la chambre commerciale du 11 juillet 1977, *D.* 1978, p. 155.

- Notes sous l'arrêt de la troisième chambre civile 20 décembre 1994, *JCP. G* 1994, II, n° 22491.

LEBRUN (Ph.), Observations sous l'arrêt de la troisième chambre civile du 28 mai 1997, *D.* 1999, p. 11.

LEVENEUR (L.),

- Notes sous l'arrêt de la première chambre civile du 27 janvier 1993, *JCP.N* 1993.p.256.
- Notes sous l'arrêt de la chambre commerciale du 4 mai 1993, *Bull. civ.* 1993, IV, n° 63.
- Observations sous l'arrêt de la chambre commerciale du 13 décembre 1994, *Contrats, conc. Consom.* 1995, n° 48.
- Notes sous l'arrêt du 3 mai 2000, *Bull. civ.* I, n° 131, *Contrats, conc., consom.* 2000, comm. n° 140.
- Notes sous l'arrêt de la première chambre civile du 15 mai 2002, *Contrats, conc. Consom.* 2002, comm. 135.
- Observations sous l'arrêt de la chambre criminelle du 28 mai 2010, *Contrats conc., consom.* 2010, comm . 198.

LICHABER (R.),

Notes sous l'arrêt de la CJCE, 17 septembre 2002, *Defrénois*, 2003, p. 254.

LOUSSOUARN (Y.), Notes sous l'arrêt du TGI de fontainebleau du 9 décembre 1970, *RTD civ* 1972, p. 386.

MAINGUY (D.),

- Notes sous l'arrêt de la troisième chambre civile du 20 décembre 1994, *JCP. N* 1996, n° 501.
- Observations sous l'arrêt de la première chambre civile du 20 juin 1995, *JCP. E* 1996, I, n° 523.

MARCORIG-VENIER (C.), observations sous l'arrêt de la troisième chambre civile du 8 novembre 1995, *Dr. & patr.*1996 n°36.p. 75.

MAZEAUD (D.),

- Observations sous l'arrêt de la première chambre civile du 6 janvier 1998, *Defrénois*, 1998, n° 743.
- Observations sous l'arrêt de la première chambre civile du 2 juin 1993, *Defrénois*, 1994, n° 35746, p. 356.
- Notes sous l'arrêt du 15 décembre 1993, *JCP. G* 1995, II, 22366, p. 356.
- Observations sous l'arrêt de la première chambre civile du 6 janvier 1998 *Defrénois*, 1998, n° 743.
- Observations sous l'arrêt de la première chambre civile du 3 mai 2000, *Défrénois* 2000, p. 1110.
- Observations sous l'arrêt de la troisième chambre civile du 27 mars 2008, *RDC* 2008, p. 734.
- Notes sous l'arrêt de la troisième chambre civile du 11 mai 2011, *D.* 2011, p. 1457.

MAZEAUD (H.), notes sous l'arrêt de la chambre civile du 6 avril 1927, *S.* 1927, 1, 201.

MAYAUX (L.), Notes sous l'arrêt de la troisième chambre civile du 6 mars 2002, *RGDA* 2002, p. 386.

MESTRE (J.),

- Observations sous l'arrêt de la troisième chambre civile du 4 janvier 1985, *RTD. civ.* 1985, p. 572.
- Observations sous l'arrêt de la première chambre civile du 12 novembre 1987, *RTD. civ.* 1988, p. 339.
- Observations sous l'arrêt de la première chambre civile du 27 janvier 1993, *RTD. civ.* 1993, p. 593.
- Observations sous l'arrêt de la chambre commerciale du 4 mai 1993, *RTD. civ.* 1994, p. 93.
- Observations sous l'arrêt de la troisième chambre civile du 15 décembre 1993, *RTD. civ.* 1994, p. 588.
- Observations sous l'arrêt de la première chambre civile du 21 février 1995, *RTD. civ.* 1995, p. 883.
- Observations sous l'arrêt de la première chambre civile du 3 juillet 1996, *Bull. civ.* 1996, I, n° 288.
- Observations sous l'arrêt de la première chambre civile du 20 octobre 1998, *RTD. civ.* 1999, p. 90.

MESTRE (J.) et FAGES (B.),

- Observations sous l'arrêt de la première chambre civile du 15 mai 2002, *RTD. civ.* 2003, p. 84.
- Observations sous l'arrêt de la chambre commerciale du 26 novembre 2003, *RTD. civ.* janvier 2004, p. 83.
- Observations sous l'arrêt de la chambre commerciale du 26 novembre 2003, *RTD. civ.* janvier 2004, p. 83.
- Observations sous l'arrêt de la première chambre civile du 14 décembre 2004, *RTD. civ.* 2005, p. 123.
- Observations sous l'arrêt de la chambre commerciale du 28 juin 2005, *RTD. civ.* 2005, p. 590.

MOREL (E.), notes sous l'arrêt de la chambre civile du 12 juin 1914, *S.* 1914, I, p. 249.

MOUSSERON (P.),

- Notes sous l'arrêt de la chambre commerciale du 7 avril 1998, *JCP. E.* 1999, n° 4, p. 169.
- Observations sous l'arrêt de la chambre commerciale du 18 juin 2002, *RTD. civ.* 2003, p. 282.

MOURY (J.), Notes sous l'arrêt de la Cour d'appel du 15 juin 1992, *D.* 93, p. 257.

NAJJAR (I.), Notes sous l'arrêt de la troisième chambre civile du 17 avril 1984, *D.* 85, p. 234.

NEAU-DUC (Ph.), Notes sous l'arrêt de la troisième chambre civile du 1^{er} juillet 1998, *JCP. E* 1999, p. 169, n° 5.

PAISANT (G.), Notes sous l'arrêt de la troisième chambre civile du 5 décembre 1984, *JCP. G* 86, II, n° 20555.

PAULIN (C.), Notes sous l'arrêt de la Cour d'appel de Besançon du 27 janvier 2005, *D.* 2006, p. 357.

PETEL-TEYSSIE (I.), Notes sous l'arrêt de la première chambre civile du 27 janvier 1993, *JCP. G* 1994, n°22.195.

PIEDELIEVRE (S.), Notes sous l'arrêt de la troisième chambre civile du 27 janvier 2009, *JCP. N* 2010, 1001, n° 13.

PIGNARRE (G.), Notes sous l'arrêt de la chambre commerciale du 17 juillet 2001, *D.* 2002, p. 1003.

PILLET (G.), Notes sous l'arrêt de la troisième chambre civile du 27 mars 2008, *JCP. G* 2008, II, 10147.

RABY (S.), Notes sous l'arrêt de la chambre commerciale du 22 novembre 2005, *JCP. E* 2005, n° 236.

REMY (P.), Observations sous l'arrêt de la première chambre civile du 27 octobre 1981, *RTD. civ.* 1982, p. 616.

REVET (T.), Observations sous l'arrêt de la première chambre civile du 9 décembre 1992, *JCP. E* 1993, I, n° 231.

RODIERE (R.),

- Notes sous l'arrêt de la chambre criminelle du 12 décembre 1946, *JCP. G.* 1947, II, n° 362.

- Notes sous l'arrêt de la Cour d'appel du 28 septembre 1976, *JCP. G* 1978, II, 18810.

ROUSSEL (G.), Notes sous l'arrêt de la deuxième chambre civile du 9 juin 1993, *JCP. G.* 1994, II, 22264

SARGOS (P.), Notes sous l'arrêt de la première chambre civile du 3 juin 2010, *D.* 2010, p. 1522.

SAVATIER (R.), Notes sous l'arrêt de la première chambre civile du 4 février 1963, *JCP. G* 1963, II, n° 13159.

SCHMIDT (J.),

- Notes sous l'arrêt de la Cour d'appel de Rennes du 9 juillet 1975, *D.* 1976, p. 417.
- Notes sous l'arrêt de la troisième chambre civile du 14 janvier 1987, *D.* 1988, p. 80.
- Notes sous l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles du , 5 mars 1992, *Bull. Joly* 1992, p. 636.

SERINET (Y-M),

- Notes sous l'arrêt de la troisième chambre civile du 12 mars 2003, *D.* 2003, p. 2522.
- Observations sous l'arrêt de la première chambre civile du 14 décembre 2004, *JCP. G* 2005, I, n° 141.

STEAMER (B.), Notes sous l'arrêt de la troisième chambre civile du 23 janvier 1979, *JCP.G* 1979, II, n° 19241.

STOFFEL-MUNCK (Ph.), Observations sous l'arrêt de la chambre commerciale du 13 juillet, *JCP. G*, 2011, n° 15, 435, n° 10.

THUILLIER (H.), Notes sous l'arrêt de la troisième chambre civile du 5 janvier 1983, *D.* 83, p. 617, *JCP. G* 1984 II, n° 20312.

TOURNAFOND (O.),

Notes sous l'arrêt de la troisième chambre civile du 3 mai 1989, *D.* 1990, p. 117.
Observations sous l'arrêt de la troisième chambre civile du 15 décembre 1993, *D.* 1993 p. 230.

TREBULLE (F-G.), notes sous l'arrêt de la troisième chambre civile du 16 mars 2005, *JCP. G.*, 2005, II, 10118.

VOUIN (J-F.), Notes sous l'arrêt de la chambre criminelle du 25 octobre 1962, *JCP.G* 1963, II, 12985.

VOIRIN (P.), notes sous l'arrêt de la première chambre civile du 15 juin 1960, *JCP. G* 1961, II, 12274.

VERON (M.), Notes sous l'arrêt de la chambre criminelle du 23 janvier 1997, *Dr.pénal* 1997, com. 93.

WERTENSCHLAG (B.), Notes sous l'arrêt de la troisième chambre civile du 12 janvier, *AJDA* 2005, p. 421.

VI : JURISPRUDENCES JUDICIAIRES ET ADMINISTRATIVES

-1829-

- CA Rennes, 8 juillet 1829, *DH*. 1929, p. 548.

-1838-

- Cass. crim., 23 mars 1838, *Bull. Crim.* 1838, n° 76.

-1859-

- Cass. civ., 26 janvier 1859, *S.* 1859, p. 316.

-1863-

- Cass. civ., 17 février 1863, *DP*. 1863, I, p. 93.

-1864-

- Cass. crim., 12 novembre 1864, *DP*. 1865, n° 3, p. 158.

-1873-

- Cass. civ., 23 juin 1873, *DP*. 1874, I, p. 332.

-1874-

- Cass. civ., 24 janvier 1874, *DP*. 1876, I, p. 133.
- Cass. req., 27 janvier 1874, *DP*. 1874, I, p. 352.
- Cass. req. 20 avril 1874, *DP*. 1874, I, p. 343.

-1883-

- Cass. req., 20 mars 1883, *S.* 1884, I, p. 417.
- CA Orléans, 24 mai 1883, *DP*. 1884, II, p. 148.

-1890-

- Cass. req, 2 décembre 1890, *DP*. 1891, I, p. 478.

-1893-

- CA Dijon, 15 février 1893, *S.* 1894, II, p. 144.
- Cass. civ., 11 janvier 1893, *DP* 1895, I, p. 179.
- Cass. civ., 21 mars 1893, *DP* 18, I, p. 438.

-1894-

- Cass. civ., 8 août 1894, *DP*. 1895, I, p. 339.

-1895-

- CA Douai, 8 mai 1895, *DP.* 1892, II, p. 541.

-1912-

- Cass. civ., 13 avril 1912, *DP.* 1913, I, p. 143.

-1913-

- Cass. civ., 4 novembre 1913, *DP.* 1914, I, p. 134.

-1914-

- Cass. civ., 12 juin 1914, *S.* 1914, I, p. 249, note Morel.

-1919-

- Cass. civ., 5 mai 1919, *DP.* 1923, I, p. 230.

-1926-

- Cass. civ., 13 janvier 1926, *S.* 1926, I, p. 119.

-1927-

- Cass. civ., 6 avril 1927, *S.* 1927, I, 201, note H. Mazeaud.
- Cass. civ., 30 mai 1927, *DH.* 1927, p. 416.
- Cass. req., 13 décembre 1927, *S.* 1928, I, p. 125.

-1929-

- CA Rennes, 8 juillet 1929, *DH.* 1929, p. 548.
- CA Paris, 31 octobre 1929, *Gaz. Pal.* 1930, I, p. 154.

-1930-

- Cass. civ., 21 janv. 1930, *Gaz. Pal.* 1930, I, p.375.

-1931-

- CA Paris, 2 juillet 1931, *Gaz. Pal.* 1931, II, p.776
- CA Paris, 3 décembre 1931, *D.* 1931, II, p. 147.
- Cass. civ., 23 novembre 1931, *DP.* 1932, I, p. 129 ; *Gaz. Pal.* 1932 I, p. 96 note L. Josserand.

-1934-

- Cass. req., 6 février 1934, *S.* 1935, I, p. 296.
- CA Paris, 30 décembre 1934, *S.* 1935, II, p. 90.

-1935-

- Cass. Req., 26 novembre 1935, *DP.* 1936.I, p. 37.

-1936-

- Cass. req. 4 mai 1936, *D.* 1936. p. 313.
- Cass. civ., 20 mai 1936, *S.* 1937, I, p. 32, note A. Breton.

-1937-

- Cass. civ., 9 mars 1937, *DH.* 1937, p. 253.

-1939-

- Cass. req., 29 novembre 1939, *DH.* 1940, p. 52.

-1940-

- Cass. req., 30 décembre 1940, *DC.* 1941, p. 107.

-1946-

- Cass. crim., 12 décembre 1946, *JCP. G* 1947, II, n° 362, note R. Rodière.

-1947-

- CA Paris, 11 mars 1947, *D.* 1949, p. 168.

-1949-

- Cass. civ., 4 janvier 1949, *D.* 1949, p. 135 ; *Gaz. Pal.* 1949, I, p. 145.
- CA Orléans, 5 janvier 1949, *D.* 1949, p. 501.

-1953-

- CA Paris, 22 janvier 1953, *Gaz. Pal.* 1953, I, p. 137 ; *D.* 1953, p. 136 ; *JCP. G* 1953, II, n° 7435.
- Cass. 1^{ère} civ., 10 mars 1953, *Bull. civ.* 1953, I, n° 97.
- Cass. 1^{ère} civ., 27 avril 1953, *D.* 1953, n° 440.

-1954-

- Cass. soc., 1^{er} avril 1954, *JCP. G* 1954, II, 8384, note Lacoste.
- Cass. 1^{ère} civ., 22 décembre 1954, *D.* 1955, p. 254.

-1955-

- Cass. 1^{ère} civ., 29 novembre 1955, *JCP. G* 1956, II, n° 9216.
- Cass. 1^{ère} civ., 23 décembre 1955, *Bull. civ.* 1955 I, n° 460.

-1956-

- Cass. civ., 21 février 1956, *D.* 1956, p. 285.
- CA Paris, 14 novembre 1956, *Gaz. Pal.* 1956, II, p.400.
- Cass. Crim., 15 novembre 1956, *Bull. crim.* 1956, n° 749 à 751.

-1957-

- CA Paris, 21 juin 1957, *RL*. 1957, p. 335.
- Cass. soc., 26 octobre 1957, *Bull. civ.* 1957, IV, n° 1011.

-1958-

- Cass. com., 18 avril 1958, *D.* 1959, p. 87.
- Cass. com., 23 juin 1958, *D.* 1958, p. 581, note P. Malaurie ; *JCP. G* 1958, II, n° 10857.

-1959-

- Cass. soc., 12 mars 1959, *Ann. Propr. ind.*, 1962, III, p. 52.
- CA Paris, 4 juin 1959, *RL*. 1959, p. 546.
- Cass. 1^{ère} civ., 16 décembre 1959, *Bull. civ.* 1959, I, n° 542.

-1960-

- Cass. com., 9 février 1960, *Bull. civ.* 1960, III, n° 54 ; *Gaz. Pal.* 1960, I, p. 296.
- Cass. 1^{ère} civ., 15 juin 1960, *JCP. G* 1961, II, 12274, note P. Voirin.
- Cass. 1^{ère} civ., 7 juillet 1960, *Bull. civ.* 1960, I, p. 371.

-1961-

- Cass. com., 5 janvier 1961, *Bull. civ.* 1961, III, n° 11.
- Cass. 1^{ère} civ., 15 février 1961, *Bull. civ.* 1961, I, n° 107.
- Cass. 1^{ère} civ., 16 avril 1961, *D.* 1961, p. 545
- Cass. com., 9 mai 1961, *D.* 1961, p. 457.
- Cass. 1^{ère} civ., 16 mai 1961, *D.* 1961, p. 545.
- Cass. com., 26 mai 1961, *Bull. civ.* 1961, III, n° 204.
- Cass. com., 4. Décembre. 1961, *Bull. civ.* 1961, III, n° 451.
- Cass. com., 19 décembre 1961, *D.* 1962, p. 240.

-1962-

- Cass. soc., 10 juillet 1962, *Bull. civ.* 1962, IV, n° 640.
- Cass. crim., 25 octobre 1962, *Bull. crim.* 1962, n° 292 et 293 ; *D.* 1963, 221, note P. Bouzat ; *JCP. G* 1963, II, 12985, note J-F. Vouin.

-1963-

- Cass. 1^{ère} civ., 4 février 1963, *Bull. civ.* 1963, I, n° 77 ; *JCP. G* 1963, II, n° 13159, note R. Savatier.
- Cass. 1^{ère} civ, 15 octobre 1963, *Bull. civ.* 1963, I, n° 372.

-1964-

- CA Paris, 6 février 1964, *Gaz. Pal.* 1962, II, p. 43
- Cass. 1^{ère} civ., 2 mars 1964, *Bull. civ.* 1965, I, n° 122 ; *RTD civ.* 1965, p. 112, obs J. Chevallier.

- Cass. 1^{ère} civ., 25 mai 1964, *Bull. civ.* 1964, I, n° 269.
- Cass. com., 1 décembre 1964, *Bull. civ.* 1964, II, n° 532.

-1965-

- Cass. com., 9 février 1965, *Bull. civ.* 1965, III, n° 103.
- Cass. com., 2 décembre 1965, *Bull. civ.* 1966, III, n° 276.

-1966-

- Cass. ass., 7 février 1966, *Bull. civ.* 1966, I, n° 2.
- Cass. com., 15 février 1966, *Bull. civ.* 1966, III, n° 102.
- Cass. com., 21 février 1966, *Bull. civ.* 1966, III, n° 109.

-1967-

- Cass. 1^{ère} civ., 5 janvier 1967, *D.* 1967, p.231.
- Cass. 1^{ère} civ., 27 janvier 1967, *Bull. civ.* 1967, I, n° 61.
- Cass. 1^{ère} civ., 13 février 1967, *Bull. civ.* 1967, I, n° 58.
- Cass. com., 30 avril 1967, *Gaz. Pal.* 1967, II, p. 79.
- Cass. ; 1^{ère} civ., 21 juin 1967, *Bull. civ.* 1967, I, n° 171.
- CA Paris, 15 décembre 1967, *D.* 1968, p. 402.

-1968-

- Cass. 1^{ère} civ., 13 février 1968, *Bull. civ.* 1968, I, n° 63.
- Cass. 3^{ème} civ., 3 avril 1968, *Bull. civ.* 1968, III, n° 164.
- Cass. crim., 15 avril 1968, *Bull. crim.* 1968, I, n° 231.
- Cass. 1^{ère} civ., 25 juin 1968, *Bull. civ.* 1968, I, n° 183.
- Cass. civ 1^{ère}, 8 octobre 1968, *Bull. civ.* 1968, I, n° 419.
- Cass. 3^{ème} civ., 7 novembre 1968, *Bull. civ.* 1968, III, n° 337.
- Cass. 3^{ème} civ., 29 novembre 1968, *Gaz. Pal.* 1969, I, p. 63.

-1969-

- Cass. com., 14 janvier 1969, *D.* 1970, p. 458.
- Cass. civ 3^{ème}, 12 mars 1969, *Bull. civ.* 1969, III, n° 224.
- TGI Strasbourg, 13 juin 1969, *JCP. G* 1970, IV, p. 216.
- Cass. 3^{ème} civ., 2 juillet 1969, *D.* 70, p. 150.
- Cass. 3^{ème} civ., 9 octobre 1969, *Bull. civ.* 1969, III, n° 634
- Cass. 1^{ère} civ, 13 octobre 1969, *Bull. civ.* 1969, I, n° 295.
- Cass. 3^{ème} civ., 8 décembre 1969, *Bull. civ.* 1969, III, n° 805.

-1970-

- Cass. 3^{ème} civ., 30 janvier 1970, *Bull. civ.* 1970, III, n° 84.
- CA Caen, 16 février 1970, *D.* 1970, p. 339.

- TGI Fontainebleau, 9 décembre 1970, *D.* 1972, p. 89, note J. Ghestin ; *RTD. civ.* 1972, p. 386, obs. Y. Loussouarn
- Cass. 3^{ème} civ., 6 novembre 1970, *Bull. civ.* 1970, III, n° 587 ; *JCP. G* 1971, II, n° 16942, note J. Ghestin.

-1971-

- Cass. 1^{ère} civ. 4 janvier 1971, *D.* 1972, p. 36.
- Cass. com., 9 novembre 1971, *D.* 1972, n° 62 ; *JCP. G* 1972, II, n° 16962.
- Cass. crim., 8 décembre 1971, *Bull. crim.* 1971, n° 341.

-1972-

- Cass. 1^{ère} civ., 26 janvier 1972, *JCP. G* 1972, II, 17065 ; *D.* 1972, p. 517.
- Cass. com., 14 mars 1972, *D.* 1972, p. 653, note J. Ghestin ; *Defrénois* 1973, art. 30293, p. 446, obs. J-L. Aubert.
- Cass. com., 20 mars 1972, *Bull. civ.* 1972, IV, 1972, n° 93 ; *JCP. G* 1973, II, n° 17543
- Cass. 3^{ème} civ., 13 avril 1972, *Bull. civ.* 1972, III, n° 232.
- Cass. 1^{ère} civ., 31 mai 1972, *Bull. civ.* 1972, I, n° 142.
- Cass. 3^{ème} civ., 3 octobre 1972, *Bull. civ.*, 1972, III, n° 491.

-1973-

- Cass. 3^{ème} civ., 20 février 1973, *Bull. civ.* 1973, III, n° 144.
- Cass. 3^{ème} civ., 4 juillet 1973, *Bull. civ.* 1973, III, n° 465.
- Cass. 3^{ème} civ., 17 juillet 1973, *Bull. civ.* 1973, III, n° 487.

-1974-

- Cass. 3^{ème} civ., 6 mars 1974, *Bull. civ.* 1974, II, n° 109.
- Cass. 1^{ère} civ., 15 mai 1974, *Bull. civ.* 1974, I, n° 141.
- Cass. crim, 12 juin 1974, n° 90-72.473, *inédit*.
- Cass. 3^{ème} civ., 2 octobre 1974, *Bull. civ.*, 1974, III, n° 330
- Cass. 3^{ème} civ., 8 octobre 1974, *D.* 1975, p. 431.
- Cass. 3^{ème} civ., 21 novembre 1974, *Bull. civ.* 1974, III, n° 428.

-1975-

- Cass. com., 3 mars 1975, *Bull. civ.* 1975, IV, n° 65.
- Cass. 3^{ème} civ., 24 avril 1975, *Bull. civ.* 1975, III, n° 144.
- Cass. 3^{ème} civ., 8 juillet 1975, *Bull. civ.* 1975, III, n° 249.
- CA. Rennes, 9 juillet 1975, *D.* 1976, p. 417, note J. Schmidt.
- Cass. com., 4 novembre 1975, *Bull. civ.* 1975, IV, n° 259.
- Cass. 3^{ème} civ., 12 novembre 1975, *Bull. civ.* 1975, III, n° 330.
- Cass. com, 8 décembre 1975, *Bull. civ.* 1975, IV, n° 297.
- Cass. 1^{ère} civ., 9 décembre 1975, *Bull. civ.* 1975, I, n° 364.

-1976-

- Cass. 3^{ème} civ., 24 février 1976., *Bull. civ.* 1976, III, n° 80.
- CE, 17 mars 1976, *Todeschini*, req. n° 99289, *Rec. CE.* p. 157.
- Cass. 1^{ère} civ., 12 avril 1976, *Bull. civ.*, 1976, I, n° 122.
- Cass. 1^{ère} civ., 28 avril 1976, *D.* 1976, p. 464.
- CA Paris, 1^{ère} ch. A, 28 septembre 1976, *JCP. G* 1978, II, n° 18810, note Robert.

-1977-

- Cass. 1^{ère} civ., 12 janvier 1977, *Bull. civ.* 1977, I, n° 28.
- Cass. 3^{ème} civ., 6 juin 1977, *Bull. civ.* 1977, III, n° 234.
- Cass. com., 11 juillet 1977, *D.* 1978, p. 155, note C. Larroumet ; *Defrénois* 1978, art. 31738, p. 762, obs. J-L. Aubert

-1978-

- Cass. 3^{ème} civ., 5 février 1978, *Bull. civ.* 1978, III, n° 57.
- Cass. com., 13 février 1978, *Bull. civ.* 1978, IV, n° 60, p. 49.
- Cass. 1^{ère} civ., 26 avril 1978, *D.* 1978, p. 349.
- Cass. com., 3 octobre 1978, *Bull. civ.* 1978, IV, n° 208.
- Cass. 3^{ème} civ., 30 octobre 1978, *JCP. G* 1979, II, n° 19178.
- Cass. 3^{ème} civ., 29 novembre 1978, *JCP. G*, 1979, IV, p. 46
- Cass. 3^{ème} civ., 12 décembre 1978, *D.* 1979, p. 188.

-1979-

- Cass. 3^{ème} civ., 3 janvier 1979, *JCP. G* 1979, IV, p. 82
- Cass. 3^{ème} civ., 23 janvier 1979, *JCP. G* 1979, II, n° 19241, note B. Steammer
- CE, 16 février 1979, *SCI Cap Naoi*, req. n° 03646, *rec. CE.* p. 66.
- Cass. com., 2 avril 1979, *RTD. civ.* 1979, p. 812 ; *JCP. N* 1979, II, p. 97.
- Cass. 2^{ème} civ., 12 juin 1979, *Gaz. pal.* 1979, II, p. 430.
- Cass. 3^{ème} civ., 2 octobre 1979, *JCP. G* 1979, IV, p. 362.
- Cass. 3^{ème} civ., 27 novembre 1979, *Bull. civ.* 1979, III, n° 215 ; *Defrénois* 1980, art. 32421, p. 1209, obs. J-L. Aubert.

-1980-

- Cass. 3^{ème} civ., 9 janvier 1980, *JCP. G* 1980, IV, p. 115.
- Cass. 1^{ère} civ., 12 février 1980, *Gaz. Pal.* 1980, II, p. 373.
- Cass. 1^{ère} civ., 5 mars 1980, *Gaz. Pal.* 1980, II, p. 343.
- Cass. com., 25 juin 1980, *Bull. civ.* 1980, IV, n° 276, *RTD Civ.* 1981, p. 157, obs. G. Durry
- Cass. com., 13 octobre 1980, *D.* 1981, p. 309, obs. J. Ghestin.
- Cass ; 3^{ème} civ., 28 octobre 1980, *JCP. G* 1981, IV, n° 26.
- CA Paris, 27 novembre 1980, *JCP. G* 1981, IV, n° 362.

-1981-

- CA. Rouen, 13 janvier 1981, *D.* 1983, p. 53.
- Cass. 3^{ème} civ., 18 janvier 1981, *Bull. civ.* 1981, III, n° 17.
- Cass. 1^{ère} civ., 21 janvier 1981, *Bull. civ.* 1981, II, n° 25.
- Cass. 3^{ème} civ., 3 février 1981, *D.* 1984, p. 457, note J. Ghestin.
- Cass. com., 10 mars 1981, *Bull. civ.* 1981, IV, n°128.
- Cass. com., 16 mars 1981, *Bull. civ.* 1981, IV, n° 140.
- Cass. 3^{ème} civ., 29 avril 1981, *Bull. civ.* 1981, III, n° 88.
- Cass. 1^{ère} civ., 27 octobre 1981, *Bull. civ.* 1981, I, n° 315 ; *RTD civ.* 1982, p. 616, obs. P. Rémy
- CA Paris, 20 octobre 1981, *Juris-Data*, n° 1981-025792 ; *Bull. civ.* 1981, III, n° 168.
- Cass. 3^{ème} civ., 12 décembre 1981, *D.* 1982, p. 64.
- CE, 14 décembre 1981, S.A.R.L. « *European Homes* », req. n° 15498.

-1982-

- Cass 3^{ème} civ., 12 janvier 1982, *Bull. civ.* 1982, III, n° 12.
- Cass.com., 4 octobre 1982, *Juris-Data* n° 1982-002028.
- Cass. 3^e civ. 9 novembre. 1982, Carmagnole c/ Dame Goirand, *inédit*.
- Cass. com., 23 novembre 1982, *JCP. G* 1983, IV, n° 47.
- Cass. 1^{ère} civ., 14 décembre 1982, *Bull. civ.* 1983, I, n° 361 ; *RTD civ.* 1983, p. 544, obs. G. Durry

-1983-

- Cass. 3^{ème} civ., 5 janvier 1983, *D.* 83, p. 617, *JCP. G* 1984, II, n° 20312, note H. Thuillier.
- Cass. 3^{ème} civ., 25 avril 1983, *Bull. civ.* 1983, III, n° 121.
- Cass. 3^{ème} civ., 7 juin 1983, *Bull. civ.* 1983, III, n° 132, p. 104
- Cass. 3^{ème} civ., 14 juin 1983, *Gaz. Pal.* 1983, p. 312
- CA Bordeaux, 6 octobre 1983, *Juris-Data* n° 1983-042336
- Cass. 1^{ère} civ., 26 octobre 1983, *Bull. civ.* 1983, I, n° 249 ; *Defrénois* 1984, art. 33368, p. 341, note J-L. Aubert.
- Cass. com., 8 novembre 1983, *Bull. Civ.* 1983, IV, n° 298.
- Cass. 1^{ère} civ. 13 décembre 1983, *D.* 1984, p. 341, note J-L. Aubert.

-1984-

- Cass. com., 11 janvier 1984, *Bull. civ.* 1984, IV, n° 16
- Cass. com., 18 janvier 1984, *Bull. civ.* 1984, IV, n° 23.
- Cass. 3^{ème} civ., 17 avril 1984, *D.* 1985, p. 234, note I. Najjar
- Cass. com., 2 mai 1984, *Bull. civ.* 1984, IV, n° 145
- CA Agen, 29 octobre 1984, *Juris-Data* n° 1984-041883
- Cass. 3^{ème} civ., 28 novembre 1984, *JCP. G*, 1984, n° 1985, p. 47.
- Cass. 3^{ème} civ., 5 décembre 1984, *D.* 1985, p. 544. Note F. Benac-Schmidt . *JCP. G* 1986, II, n° 20555, note G. Paisant.

- Cass. 3^{ème} civ., 11 décembre 1984, *Bull. civ. 1984*, III, n° 212.

-1985-

- Cass. 1^{ère} civ., 23 avril 1985, *Bull. civ. 1985*, I, n° 125 ; *D. 1985*, p. 558, note S. Dion, *RTD Civ. 1986*, p. 340, obs. J. Mestre.

- CA Paris, 30 avril 1985, *RTD Civ. 1985*, p. 730, obs. J. Mestre.

-1986-

- Cass. 3^{ème} civ., 4 janvier 1985, *RTD civ. 1985*, p. 572, obs. J. Mestre.

- Cass. req., 3 avril 1986, *DP. 1987*, I, p. 61.

- CE, 11 avril 1986, « Ministre de l'Environnement contre Société des produits chimiques Ugine-Kuhlane », req. N° 62234.

- Cass. 3^{ème} civ., 5 décembre 1984, *JCP. G 1986*, II, n° 20555, note G. Paisant ; *D. 1985*, p. 544, note F. Bénac-Schmidt.

-1986-

- Cass. 1^{ère} civ., 5 février 1986, *Bull. civ. 1986*, I, n° 40.

-1987-

- Cass. 3^{ème} civ., 14 janvier 1987, *D. 1988*, p. 80, note J. Schmidt.

- CA Bordeaux, 23 mars 1987, *Juris-Data* n° 1987-041086

- Cass. 3^{ème} civ., 1^{er} avril 1987, *D. 1987*, p. 544, note L. Aynès

- Cass. com., 28 avril 1987, *Bull. civ. 1987*, IV, n° 104.

- Cass. 1^{ère} civ., 21 juillet 1987, *Bull. civ. 1987*, I, n° 241.

- CE, 30 septembre 1987, *SA Scaex interrégion parisienne*, req. n° 76268.

- Cass. 1^{ère} civ., 12 novembre 1987, *Bull. civ. 1987*, I, n° 293 ; *RTD civ. 1988*, p. 339, obs. J. Mestre

- Cass. com., 8 décembre 1987, *Bull. civ. 1987*, IV, n° 263.

- Cass. com., 21 décembre 1987, *D. 1989*, p. 112, note J-P. Brill

-1988-

- Cass. civ 1^{ère}, 1^{er} mars 1988, *Bull. civ. 1988*, I, n° 57.

- Cass. 3^e civ. 16 mars 1988, *RL. 1988*, p. 393.

- Cass. 3^{ème} civ., 27 avril 1988, *Bull. civ. 1988*, III, n° 80, p. 46.

- CA Aix-en-Provence, 21 octobre 1988, *Bull. Aix 1988*, n° 106.

- Cass. 1^{ère} civ., 4 octobre 1988, *Bull. civ. 1988*, I, n° 265 ; *D. 1989*, p. 229, obs. J-L. Aubert

- Cass. 3^{ème} civ., 30 novembre 1988, *Bull. civ. 1988*, III, n° 173, p. 94.

-1989-

- Cass. 3^{ème} civ. 8 février. 1989, *RL. 1989*, n° 179.

- Cass. 3^{ème} civ., 3 mai 1989, *Bull. civ. 1989*, III, n° 101 ; *D. 1990*, p. 117, note O. Tournafond

- Cass. 1^{ère} civ., 10 mai 1989, *Bull. civ. 1989*, II, n° 187.

- Cass. com., 23 mai 1989, *JCP. E* 1989, I, n° 18761.
- Cass. 1^{ère} civ., 11 octobre 1989, *Bull. civ.* 1989, I, n° 313.

-1990-

- Cass. 3^{ème} civ., 24 janvier 1990, *Bull. civ.* 1990, I, n° 32.
- CA Aix-en-Provence, 28 février 1990, *Bull. Aix*, janvier 1990, n° 6.
- Cass. 3^{ème} civ., 28 février 1990, *Bull. civ.*, 1990, III, n° 63.
- Cass. crim., 5 mars 1990, *Dr. Pénal*, 1990, p. 247.
- Cass. com., 27 mars 1990, *D.* 1990, I, p. 390.
- Cass. 1^{ère} civ., 19 juin 1990, *Bull. civ.* 1990, I, n° 175 ; *JCP. N* 1991, II, p. 80 ; *Defrénois* 1990, n° 18, p. 1026, obs. J.L Aubert

-1991-

- Cass. 3^{ème} civ., 27 mars 1991, *Bull. civ.* 1991, III, n° 108 ; *Defrénois* 1991, art. 35142, p. 1265, note J-L Aubert.
- CA Paris, 16 avril 1991, *RJDA* 1991, n° 461.
- Cass. com., 5 novembre 1991, *Bull. civ.* 1991, IV, n° 327 ; *D.*, 1991, p.269.
- CE, 24 juin 1991, *Société Scaex inter Provence Cote d'Azur*, req. n° 117736.
- CA Aix, 4 juillet 1991, *JCP. G* 1993 II, n° 22032.
- CE, 23 septembre 1991, *Syndicat des copropriétaires de l'immeuble sis 9 rue Pugliesi-Conti à Ajaccio*, req. n° 112785 : *Rec. CE*, p. 1115.
- Cass. 1^{ère} civ., 5 novembre 1991, *Bull. civ.* 1991, I, n° 300.
- CA Paris, 4 décembre 1991, *Juris-Data* n° 1991-042460.

-1992-

- Cass. crim., 9 janvier 1991, *Bull. crim.* 1991, n° 17, p. 51.
- CA Versailles, 5 mars 1992, *Bull. Joly* 1992, p. 636. Note J. Schmidt.
- TA Poitiers, 31 mars 1982, *fédération des associations commerciales de Charente et autres*, req. n° 97-2446. *Rec. CE*. p. 479.
- CA Rennes, 19 avril 1992, *JCP. G* 1992, IV, 1993, n° 1520.
- CA Rennes, 29 avril 1992, *JCP. G*, 1993, IV, n° 1520.
- Cass. 3^{ème} civ., 23 mai 1991, *RTD. civ.* 1992, p. 80.
- Cass. 3^{ème} civ., 26 mai 1992, *Bull. civ.* 1992, III, n° 176.
- CA Riom, 10 juin 1992, *RJDA* 1992, n° 893.
- CA Douai, 15 juin 1992, *D.* 1993, p. 257, note J. Moury.
- Cass. Crim 15 juin 1992, *DP.* 1992, n° 281.
- CA Paris, 15 septembre 1992, *D.* 1993, p.98. note Ph. Delebecque.
- Cass. 1^{ère} civ., 7 juillet 1992, n° 90-21.779, *Inédit*.
- Cass. 1^{ère} civ., 9 décembre 1992, *Bull. civ.* 1992, I, n° 309 ; *JCP. N* 1993, II, p. 121 note A. Gourio ; *JCP. E* 1993, I, n° 231, obs. T. Revet.

-1993-

- Cass. 1^{ère} civ., 27 janvier 1993, *JCP. G* 1994, n°22.195. note Petel-Teyssié ; *JCP.N* 1993.p.256, note Leveneur ; *Defrénois* 1993.art.35572. p.730, obs. Aubert ; *RTD. civ.* 1993.p.593.obs.Mestre.
- Cass. com., 4 mai 1993, *Bull. civ.* 1993, IV, n° 63, *Contrats. Conc., consom.* 1993, comm. n° 171, note L. Leveneur ; *JCP E* 1994, I, n° 310, note M-L. Izrorche, *RTD. civ.* 1994, p. 93, obs. J. Mestre.
- Cass. 1^{ère} civ., 2 juin 1993, *Bull. civ.* 1993, I, n° 198 ; *JCP. N* 1993, II, p. 386 ; *Defrénois*, 1994, n° 35746, p. 356, obs. D. Mazeaud.
- Cass. 2^{ème} civ., 9 juin 1993, *JCP. G*, 1994, II, 22264, note G. Roussel.
- Cass. com., 12 octobre 1993, n° 91-19.456, S.A.R.L. HUBO c/ Petit et coopérative agricole du syndicat d'Arras, *inédit*.
- Cass. com., 26 oct. 1993, n° 91-16.593, Fontaine et SCI du Mûrier, *inédit*.
- Cass. com., 7 décembre 1993, *Bull. civ.* 1993, IV, n° 466.
- Cass. 3^{ème} civ., 15 décembre 1993, *Bull. civ.* 1993, III, n° 174 ; *D.* 1994, p. 507 note F. Bénac-Schmidt ; *D.*1993, p. 230, obs. O. Tournafond ; *Defrénois* 1994, p. 795, obs Ph. Delebecque ; *RTD civ.* 1994, p. 588, obs. J. Mestre ; *D.* 1995, p. 87, obs L. Aynès ; *JCP. G* 1995, II, 22366, note D. Mazeaud.

-1994-

- Cass. 2^{ème} civ., 5 janvier 1994, n° 92-13.856, *inédit*.
- CA Bordeaux, 5 avril 1994, *Juris-Data* n° 1994-042770.
- Cass. com., 17 mai 1994, *RJDA* 1995, n° 703.
- CA Paris, 8 juin 1994, *D.* 1995, p. 69
- Cass. com., 4 octobre 1994, *Bull. civ.* 1994, IV, n° 276.
- Cass. 3^{ème} civ., 5 octobre 1994, *Bull. civ.* 1994, III, n° 168.
- Cass. 1^{ère} civ., 15 décembre 1994, *Bull. civ.* 1994, I, n° 334.
- Cass. 3^{ème} civ., 20 décembre 1994, *JCP. G* 1994, II, n° 22491, note C. Larroumet. ; *JCP. N* 1996, n° 501, note D. Mainguy.
- Cass. com., 13 décembre 1994, *Contrats, conc. Consom.* 1995, comm. 48, obs L. Leveneur

-1995-

- Cass. com., 7 février 1995, *RJDA* juin 1995, n° 703.
- Cass. 1^{ère} civ., 21 février 1995, *Bull. civ.* 1995, I, n° 91 ; *JCP. G* 1995, I, 3867, n° 9, obs. M. Bililau ; *RTD civ.* 1995, p. 883, obs. J. Mestre.
- Cass. crim., 27 mars 1995, *Bull. crim.* 1995, n° 124.
- Cass. 1^{ère} civ., 16 mai 1995, n° 9220976, *inédit*
- CA Paris, 8 juin 1994, *D.* 1995, p. 69.
- Cass. 1^{ère} civ., 20 juin 1995, *Bull. civ.* 1995, I, n° 227 ; *JCP. E* 1996, I, n° 523, obs. D. Mainguy ; *RTD civ.* 1996, p. 387, obs. J. Mestre ; *RTD com.* 1996, p. 105, obs. B. Bouloc.
- Cass. 1^{ère} civ., 4 juillet 1995, *Bull. civ.* 1995, I, n° 291 ; *RTD civ.* 1996, p. 392, obs. J. Mestre.

- Cass. 3^{ème} civ., 8 novembre 1995, *Bull. civ.* 1995, III, n°230 ; *Dr. & patr.* 1996 n°36.p. 75, obs. Macorig-Vénier.
- Cass. 3^{ème} civ., 5 juillet 1995, *Bull. civ.* 1995, II, n°175 ; *JCP. G* 1996. II. n°22659. obs. Dagorne Labbé ; *RJDA* 1996.n°1.n°112.
- Cass. 3^{ème} civ., 20 décembre 1995, *RJDA* mars 1996, n° 327.

-1996-

- Cass.3^{ème} civ., 21 février1996, *Bull. civ.* 1996, III, n°56 ; *Gaz. Pal.*1996. p.272.
- Cass. com., 27 février 1996, n°94-10608, *Inédit.*
- Cass. 3^{ème} civ., 20 mars 1996, *Bull. civ.* 1996, III, n° 84 ; *RJDA* 1996, n° 767.
- Cass. 1^{ère} civ., 14 avril 1996, *RJDA* octobre 1996, n° 1177.
- Cass. 3^{ème} civ., 6 mai 1996, n° 94-13.745, *inédit.*
- Cass. 1^{ère} civ., 14 mai 1996, *JCP. G* 1997, I, n° 4009 ; *D.* 1998, p. 305.
- Cass. 3^{ème} civ., 22 mai 1996, n° 94-13.501, *inédit*
- Cass. 3^{ème} civ. 30 mai 1996, *Bull. civ.* 1996, III, n°133 ; *RJDA* 1996, n° 8-9, p. 1030.
- Cass. 1^{ère} civ., 3 juillet 1996, *Bull. civ.* 1996, I, n° 288 ; *D.* 1996, p. 323, obs. P. Delebecque ; *RTD civ.* 1996, p. 895, obs. J. Mestre.
- Cass. 3^{ème} civ., *Contrats, conc. Consom.* 1996, n° 55, note L. Leveneur.
- Cass. 3^{ème} civ., 17 juillet 1996, *Bull. civ.* 1996, I, n° 1402.
- CA Versailles 4 octobre 1996, *Bull. civ.* 1996, I, n° 254.
- CA Rouen, 28 novembre 1996, 2^{ème} ch. civ., *RJDA* avril 1997, n° 631.
- Cass. com., 10 décembre 1996, *Bull. civ.* 1996, IV n° 307 ; *D.* 1997, p. 15 ; *JCP. E* 1997, IV, n° 116.

-1997-

- Cass. com., 7 janvier 1997, n° 94-21.561, *inédit.*
- Cass. crim 23 janvier 1997, *DP.* 1997, com. 93, obs. M. Véron.
- Cass. soc., 12 février 1997, *Bull. civ.* 1997, V, n° 61 ; *RTD civ.* 1997, p. 693 ; obs. P Y. Gautier.
- CE, 21 février 1997, « SCI Les Peupliers», req. n° 160250, *Rec. Lebon*, p. 951.
- Cass. com., 18 mars 1997, *Bull. Joly* 1997, n° 538, note P. le Cannu.
- Cass. com., 22 avril 1997, *D.* 1998, p. 45.
- Cass. 3^{ème} civ., 28 mai 1997, *D.* 1999, p. 11, obs. Ph. Lebrun
- CE, 8 septembre 1997, *Serachrom*, req. n° 121904.
- Cass. 1^{ère} civ., 13 novembre 1997, *Bull. civ.* 1997, I, n° 310 ; *Defrénois* 1998, n° 36753, p. 358, obs. J. L Aubert .

-1998-

- Cass. 1^{ère} civ., 6 janvier 1998, *Bull. civ.* 1998, I, n° 7 ; *JCP. G* 1998, II, n° 10066, note B. Fages ; *Defrénois*, 1998, n° 743, Obs. D. Mazeaud.
- Cass. com., 7 avril 1998, *JCP. E* 1999, n° 4. p. 169, obs. P. Mousseron.
- Cass. 3^{ème}, 13 mai 1998, *Juris-Data* n° 1998-002247.

- Cass. 3^{ème} civ., 1^{er} juillet 1998, *JCP E* 1999, p. 169, n° 5, note Ph. Neau-Duc.
- Cass. 1^{ère} civ., 20 octobre 1998, *Bull. civ.* 1998, I, n° 305 ; *RTD civ.* 1999, p. 90, obs. J. Mestre
- CA Paris, 16 décembre 1998, *Bull. Jolly Sociétés*, 1999, p. 470.

-1999-

- CA Rennes, 1^{ère} ch. A, 15 juin 1999, *RL* 2000, n° 115.
- Cass. com., 12 janvier 1999, *RJDA*, 1999, n° 371.
- Cass. 1^{ère} civ., 9 février 1999., *Bull. civ.* 1999, I, n° 50 ; *Deffrénois* 1999, n° 37008, p. 755.
- Cass. com., 9 mars 1999, *Bull. civ.* 1999, IV, 1999 n° 54.
- Cass. crim., 9 mars 1999, n° 97-86.041, *inédit*.
- CA Versailles, 1^{er} avril 1999, *Gaz. Pal.* février 2000, p. 30.
- Cass. com., 7 avril 1999, *JCP. E* 1999, n° 4, p. 169.
- CA Paris.2^och.B.15avril1999.Friba c/Sté Promologis. *RD. imm.*1999.p.419, obs. Groslière et Saint-Alary-Houin.
- TA., Lille, 6 juillet 1999, *Société LIDL c/ commune de Dunkerque*, req. n° 97-2446
- Cass. com., 6 juillet 1999, *RJDA* novembre 1999, n° 1190.
- Cass. 3^{ème} civ., 13 juillet 1999, *Juris-Data* n° 1999-003117.
- Cons. Const., 9 novembre 1999, *RTD civ* 2000, n° 109.
- Cass. 1^{ère} civ., 14 décembre 1999, n° 97-18.468, *Lamyline*

-2000-

- CA Versailles, 13 janvier 2000, *RJDA* avril 2000, n° 537.
- CA Paris, 10 mars 2000, *JCP. E* 2001, n° 10 p. 422.
- Cass. com., 21 mars 2000, *Dr. & patr.*, oct. 2000, p. 103, note P. Chauvel.
- Cass. 1^{ère} civ., 21 mars 2000, *RJDA* juin 2000, n° 642.
- Cass. 1^{ère} civ., 3 mai 2000, *Bull. civ.* 2000, I, n° 131 ; *Contrats, conc., consom.* 2000, comm. n° 140, note L. Leveneur ; *JCP. G* 2001, II, n° 10510, note C. Jamin ; *Déffrénois* 2000, p. 1110, obs. D. Mazeaud ; *RTD civ.* 2000, p. 566, obs J. Mestre et B. Fages.
- Cass. 3^{ème} civ., 7 juin 2000, *RJDA* octobre 2000, n° 852.
- Cass. 3^{ème} civ., 27 septembre 2000, *D.* 2001, p.2628, note J-P. Storck.
- TGI Nanterre, 27 septembre 2000, 7^{ème} chambre. B, n° 1998/2666, Michel/ Rozan
- Cass. crim., 3 octobre 2000, n° 00-80280, *inédit*
- Cass. 3^{ème} civ., 15 novembre 2000, *Bull. civ.* 2000, III, n° 271 ; *JCP. G* 2001, I, n° 301, obs. Y-M Sérinet ; *JCP. E* 2001, n° 1578, 2^{ème} esp, Note P. Chauvel ; *D.* 2002, p. 928, obs. O. Tournafond
- Cass. 3^{ème} civ., 29 novembre 2000, *Contrats, conc. Consom.* 2001, n° 3, p. 12 ; *AJDI* 2001, p. 1020.
- Cass. 3^{ème} civ., 13 décembre 2000, *Bull. civ.* 2000, I, n° 165.

-2001-

- Cass. 3^{ème} civ., 21 février 2001, *Bull. civ.* 2001, III, n° 20 ; *JCP. G* 2002, II, n° 10027, note C. Jamin ; *JCP. E* 2002, p.764, note P. Chauvel ; *D.* 2001, p. 2702, note D. Mazeaud ; *D.* 2002, p. 927, obs. C. Caron et O Tournafond ; *Deffrénois* 2001, art. 37365, p. 703, note R. Libchaber ; *AJDI* 2002, p. 70, note F. Cohet-Cordey ; *RTD. civ.* 2001, p. 353, obs. J. Mestre et B. Fages
- Cass. 3^{ème} civ., 21 mars 2001, *RJDA* novembre 2001, n° 960.
- TGI Paris, 14 mai 2001, 2^{ème} chambre, 1^{ère} section, n° 1, Nouy/ Zyman.
- Cass. 1^{ère} civ., 29 mai 2001, *Lamyline*, n° 98-21.857.
- Cass. 3^{ème} civ., 27 juin 2001, *RJDA* octobre 2001, n° 958
- Cass. com., 17 juillet 2001, *D.* 2002, p. 1003, obs P. Pignarre.
- Cass. crim., 10 octobre 2001, *D.* 2002, p. 1796, obs. B. Lamy.
- CE Ass., 26 octobre 2001, *M. Ternon*, req. n° 197018
- Cass. 3^{ème} civ., 19 décembre 2001, n° 00-12.022, *inédit*.

-2002-

- Cass. com., 19 février 2002, *Lamyline*, n° 99-13.100.
- Cass. 3^{ème} civ. 6 mars 2002, *RGDA.* 2002, p. 386, note L. Mayaux.
- Cass ; 1^{ère} civ., 15 mai 2002, *Bull. civ.* I, 2002, p. 132 ; *JCP. G* 2002, I ,184, obs. F. Labarthe ; *Contrats, conc. Consom.* 2002, comm. 135, note L. Leveneur ; *RTD civ.* 2003, p. 84, obs. J. Mestre et B. Fages.
- Cass. 3^{ème} civ., 28 mai 2002, *Dr & Patr.* Octobre 2002, p. 101, obs. P. Chauvel
- Cass. 3^{ème} civ., 7 juin 2000, *D.* 2002, p. 1002.
- Cass. com., 18 juin 2002, *RJDA*, 2002, n° 1111 ; *RTD. civ.* 2003, p.282, obs. J. Mestre et B. Fages.
- Cass. 1^{ère} civ., 2 juillet 2002, *Bull. civ.* 2002, I, n° 178 ; *D.* 2003, p. 169.
- Cass. com., 11 juillet 2000, *Contrats, conc., consom.*, 2000, n° 174.
- Cass. 1^{ère} civ., 12 juillet 2001, *D.* 2002, p. 1002.
- Cass. com., 17 juillet 2001, *D.* 2002, p. 1003, note G. Pignarre.
- CJCE, 17 septembre 2002, aff. C-334/00, Tacconi, *Deffrénois*, 2003, p. 254, note R. Libchaber
- Cass. 1^{ère} civ, 24 septembre 2002, n° 00-15.213, *inédit*.
- CE, 14 octobre 2002, SARL Détroit c/ commune de Granville : *BJDU* 2002, n° 364.
- CA Paris, 21 novembre 2002, n° 026280, Deslandes c/ Syndicat des copropriétaires 52, rue Marceau 93100 Montreuil-sous-Bois.
- Cass. 1^{ère} civ., 18 décembre 2002, *Bull. civ.* 2002, I, n° 313.

-2003-

- Cass. com., 25 février 2003, n° 01-12.660, *inédit*.
- CA Nîmes, 6 mars 2003, *Gaz. Pal.* 2003, p. 3171.
- Cass. 3^{ème} civ., 12 mars 2003, *Bull. civ.* 2003, III, n° 63 ; *D.* 2003, p. 2522, note Y M. Sérinet ; *Deffrénois* 2004, n° 37916, p. 516, note B. Gelot.

- Cass. 1^{ère} civ., 13 mai 2003, *Juris-Data* n° 2003-021434.
- Cass. com., 16 juin 2004, *RJDA* décembre 2004, n° 1359.
- Cass. crim., 5 novembre 2003, n° 08-85513, *inédit*.
- Cass. 3^{ème} civ., 12 novembre 2003, n° 02-10.352, *inédit*.
- Cass. com., 26 novembre 2003, *Bull. civ.* 2003, IV, 2003, n° 186 ; *RTD. Civ.* janvier 2004, p. 83, obs. J. Mestre et B. Fages.
- Cass. com., 3 décembre 2003, *Juris-Data* n° 2003-01234.

-2004-

- CA Paris, 19 janvier 2004, *Juris-Data*, n° 2004-237500.
- Cass. crim., 20 janvier 2004, n° 02-88375, *inédit*.
- Cass. crim., 11 février 2004, n° 01-81458, *inédit*.
- CA Paris, 20 février 2004, *Juris-Data* n° 2004-251445.
- Cass. 2^{ème} civ., 4 mars 2004, n° 02-14.022, Société Disques Temporels et Espace c/ Société Polygram, *inédit*.
- Cass. 3^{ème} civ., 6 octobre 2004, *RJDA* janvier 2005, n° 20.
- Cass. 1^{ère} civ., 14 décembre 2004, *JCP. G* 2005, I, n° 141, obs. Y-M Sérinet ; *RTD civ.* 2005, p. 123, obs. J. Mestre et B. Fages.

-2005-

- Cass. 3^{ème} civ., 12 janvier 2005, *Bull. civ.* 2005, III, n° 8 ; *JCP. N* 2005, n°1380, note Dagot ; *AJDA* 2005, p. 421 ; note Wertenschlag.
- Cass. 3^{ème} civ., 19 janvier 2005, *AJDI* 2005, p. 476.
- CA Besançon, 27 janvier 2005, *D.* 2006, p. 357 note C. Paulin.
- Cass. 3^{ème} civ., 2 février 2005, *Juris-Data* n° 2005-02828.
- Cass. 1^{ère} civ., 15 mars 2005, *Bull. civ.* 2005, I, n° 136.
- Cass. 3^{ème} civ., 16 mars 2005, *RTD. civ.*, 2005, p. 784 obs. P. Jourdain ; *JCP G.*, 2005, II, 10118, note F-G. Trebulle.
- Cass. 3^{ème} civ., 16 mars 2005, *JCP Env.*, juin 2005, p. 23, note D. Gilig.
- CA Versailles, 3^{ème} ch., sect. B, 18 mars 2005, *Juris-Data* n° 2005-273682.
- Cass. com., 24 mai 2005, *RJDA* septembre 2005, n° 962.
- Cass. com., 28 juin 2005, *RTD. civ.* 2005, p. 590, obs. J. Mestre et B. Fages.
- CE, As., 8 juillet 2005, « Société Alusuisse », req. n° 247976, *Rec. Lebon*, p. 311.
- CE, 27 juillet 2005, *Commune de Generac*, req. n° 2739463.
- Cass. 3^{ème} civ., 16 novembre 2005, *RJDA* avril 2006, n° 528.
- Cass. com., 22 novembre 2005, *Bull. civ.* 2005, IV, n°165 ; *JCP. E* 2005, n° 236 note S. Raby

-2006-

- Cass. 3^{ème} civ., 29 mars 2006, *Bull. civ.* 2006, III, n° 91.
- Cass. 3^{ème} civ., 6 mai 1996, n° 94-13.745, *inédit*.

- Cass. 3^{ème} civ., 28 juin 2006, *Bull. civ.* 2006, III, 2006, n° 164.

-2007-

- Cass. crim., 17 janvier 2007, n° 06-85456, *Les cahiers de droit du sport*, 2007, n° 8, p. 141.
- Cass. 3^{ème} civ., 27 janvier 2007, *bull. civ.* 2007, III, n° 5.
- Cass. 3^{ème} civ., 31 mai 2007, *Bull. civ.* 2007, II, 2007, n° 191.
- CA Paris, 13 septembre 2007, *RTD. civ.* 2008, p. 101.
- CA Lyon, 6^{ème} civ., 20 septembre 2007, *Juris-Data* n° 2007-393436
- Cass. 3^{ème} civ., 7 novembre 2007, *RD imm.* 2008, p. 262, obs. H. Heugas –Darraspen
- CA Paris, 4 décembre 2007, *Bull. civ.* 2008, II, p. 207.
- Cass. ass. plé., 21 décembre 2007, *BRDA* 2/08 inf. 26.

-2008-

- Cass. 3^{ème} civ., 27 mars 2008, *JCP. G* 2008, II, 10147, note G. Pillet ; *JCP. G* 2008, I, p. 218, obs A. Constantin ; *RDC* 2008, p. 734 obs D. Mazeaud
- Cass. com., 8 avril 2008, *Bull. civ.*, IV, 2008, n° 77
- Cass. 3^{ème} civ., 10 septembre 2008, n° 07-17.086, *inédit*.
- CE, 29 octobre 2008, commune de Sainte-Marie-aux-Mines, req. n° 273569

-2009-

- Cass. 1^{ère} civ., 22 janvier 2009, *Bull. civ.* 2009, I, , n° 7.
- Cass. 3^{ème} civ., 27 janvier 2009, *JCP. N* 2010, n° 13, p. 1001, note S. Piedeliève.
- Cass. 3^{ème} civ., 17 juin 2009, n° 08-14080, *inédit*.
- Cass. com., 20 octobre 2009, *Bull. civ.*, 2009, IV, n° 127 ; *D.* 2009, p. 2971, note D. Houtcieff.
- Cass. 1^{ère} Civ., 19 novembre 2009, *Bull. civ.* 2009, I, n° 231.

-2010-

- TGI Paris, chambre 18, section 1, 5 janvier 2010, n° RG 10/02349.
- Cass. com., 28 mai 2010, *Bull. civ.* 2010, IV, n° 99 ; *Contrats conc., consom.* 2010, comm . 198. Obs. L. Leveneur ; *RTD civ.*, 2010, p. 790. Obs. P. Jourdain.
- Cass. 3^{ème} civ., 26 mai 2010, *Bull. civ.* 2010, III, n° 103.
- Cass. 1^{ère} civ., 3 juin 2010, *D.* 2010, p. 1522, note P. Sargos.
- Cass. com., 13 juillet 2010, *RDC* 2011, p. 51. Note Y-M. Laithier ; *JCP. G* 2011, n° 15, p. 435, Obs Ph. Stoffel-munck.
- CE, 1^{er} juillet 2010, Centre Hospitalier de Menton-la-Palmosa, *rec. CE.* p. 1022.
- Cass. 1^{ère} civ., 14 octobre 2010, n° 09-69.928, *inédit*.

-2011-

- Cass. com., 18 janvier 2011, *BRDA*, 2011, n° 4, inf. 5
- Cass. 3^{ème} civ., 11 mai 2011, n° 10-12.875, *JurisData* n° 2011-008034 ; *D.* 2011, p. 1457, note D. Mazeaud et p. 1460, note D. Mainguy ; *JCP. E* 2011, 1504 ; *JCP. N* 2011, n° 1163.

- CE, 16 mai 2011, *Association en toute franchise des Bouches-du-Rhône et autres*, req. n° 336227, 336228.
- CAA Nancy, 9 juin 2011, M. et Mme Hoch, req. n° 10NC01632.
- CAA Bordeaux, 30 juin 2011, *M. Meilhan Bordes c/ commune de Lartigues*, req. n° 10BX02875.
- Cass. com., 13 septembre 2011, *JCP. A*, décembre 2011, n° 48, p. 1849.
- CA Montpellier, 1^{ère} ch., sect. A, 13 septembre 2011, *Juris-Data* n° 2011-027969.

-2012-

- CAA Marseille, 23 février 2012, *Mme Perugia c/ commune de Draguignan*, req. n° 10MA01543.
- Cass. 3^{ème} civ., 28 mars 2012, *Sté Prosol Gestion / Sté Alphonse de Poitiers*, *Juris-Data* n° 2012-005674.
- CA Paris, Pole 5, Chambre 3, 4 avril 2012, n° RG 10/13623
- CA Paris, Pole 5, Chambre 3, 11 avril 2012, n° RG 2009/24676.
- CE, 6 juillet 2012, M. Dany A., req. n° 339883.
- Cass. com., 18 sept. 2012, n° 11-19.629, *Juris-Data* n° 2012-020867.

-2013-

- Cass. 3^{ème} Civ., 30 janvier 2013, pourvoi n° 11-21163, *Inédit*.
- Cass. 3^{ème} civ., 16 janvier 2013, *RD imm.* 2013, p. 149, obs. H. Heugas-Darraspen

INDEX

(les numéros renvoient aux numéros de paragraphe)

Abus de confiance

- Régime : 112 s.
- Conditions : 116 s.

Acte de vente : 611, 727.

Action pénale

- Finalité 160.

Annexes (voir promesse unilatérale de vente) : 508 s.

Atteinte à la réputation

- Indemnisation de la faute de rupture : 95.

Audit (voir valorisation):

- Périmètre : 346.
- Interne : 343.

Autorisation de construire : 308, 596.

- Et recours : 309, 310.
 - Caractère définitif postérieurement au 1^{er} octobre 2007 : 350 s.
 - Caractère définitif antérieurement au 1^{er} octobre 2007 : 355 s.
- Délai de validité : 366 s.
- Et condition suspensive : 595 s.

Autorisation d'exploiter

- Et recours : 311.
- Caractère définitif : 370.
 - Caractère définitif postérieurement au 24 novembre 2008 : 371, 372.
 - Caractère définitif postérieurement au 24 novembre 2008 : 373.
- Et caducité du droit d'exploiter : 376.
- Et cession de droit : 377.
- Et délai de validité : 380.
- Et condition suspensive : 595.

Bail commercial

- Statut des baux commerciaux : 14.

- Définition : 319.
- Eléments du bail : 320.

Bail dérogatoire : 321.

Bonne foi

- Définition : 58, 59.
- Régime : 60 s.
- Autonomie : 61, 62.
- Et obligation de confidentialité : 67, 230
- Et obligation d'information : 68.
- Contractualisation : 69.

Chantage

- Régime : 145, 146.
- Et procédure de data-room : 148.

Charges locatives

- Définition : 389.
- Refacturation : 390.
- Revue des charges locatives : 391.

Clause de substitution (voir promesse de vente)

Conditions suspensives

- Et financement de la vente : 513.
- Et exécution de la promesse : 514 s.
 - Et rétractation de la promesse : 516 s.
 - Et indemnité d'immobilisation : 518 s.
 - Et levée de l'option : 523 s.
- Usuelles lors de la procédure de data-room
 - Financement (voir prêt) : 574 s.
 - Autorisation de construire : 595, 597 s.
 - Autorisation d'exploiter 595, 603 s.
 - Risque environnemental : 605 s.
 - Coûts des fondations : 607 s.

Concurrence déloyale

- Et indemnisation de la faute de rupture : 96.
- Et protection de l'information : 231.

Confidentialité

- Contractualisation de l'obligation : 226 s., 233 s.

Construction

- Conformité : 361.
 - Conformité administrative postérieurement au 1^{er} octobre 2007 : 363.
 - Conformité administrative antérieurement au 1^{er} octobre 2007 : 364.
 - Conformité réelle : 365.

Contractualisation des pourparlers

- Effets : 166, 170, 215 s, 224, 225.

Contrat de négociation : (voir document préparatoire)

Convention d'occupation précaire : 322.

Corruption

- Régime : 126 s.
- Et procédure de data-room : 133 s.

Croyance légitime

- Rupture des pourparlers 71 s.

Data-room

- Définition : 275, 276, 277 s.
- Rôle de la pratique notariale : 285.
- Fonctionnement : 285 s.
- Règlement (voir règlement de data-room)
- Physique : 282.
- Numérique : 283, 284.
- Fonctionnement : 286.
- Principes directeurs (voir principes directeurs)
- Contenu : 430.
 - Socle d'information minimale : 296.
 - Droit de propriété vendeur : 297s.
 - Organisation juridique de l'immeuble : 301 s.
 - Traitement risque opérationnel 432

Diagnostics immobiliers : 333, 338, 339.

Discrimination

- Rupture des pourparlers : 151 s.

- Sanction : 156

Documents préparatoires

- Formation du contrat : 167, 168
- Définition 172 s.
- Valeur juridique : 186 s.
- Existence : 202 s.
- Inexécution : 208 s.
- Aménagements contractuels : 219 s.

Dol : 641

- Conditions : 642 s.
- Régime 641, 655 s.
- Remèdes : 662 s.

Droit police

- Définition : 30, 31

Due diligence : (voir audit)

Erreur : 613

- Erreur sur les qualités substantielles : 614
 - Objet : 615 s.
 - Régime : 623 s.
 - Remèdes : 629 s.
 - Caractères : 634 s.

Escroquerie

- Régime : 102, 103, 104, 105, 106
- Conditions de mise en œuvre : 106, 107
- Et les immeubles : 108 s.

Etablissement recevant du public : 312

- Classification : 313
- Réglementation : 314
- Transmission de l'information : 315

Exploitation (de l'immeuble)

- Contrat de maintenance : 331
- Plan pluriannuel de travaux : 332

Extorsion

- Régime 139 s.
- Procédure de data-room 144 s.

Frais de négociation

- Indemnisation : 93, 94.

Faute

- Délictuelle précontractuelle
 - Sanction : 37, 79.
 - Définition : 38.
 - Consistance : 39.
 - Autonomie : 42, 43.
 - Bonne foi : 46.
 - Critères de la faute 47, 48, 49 s.
 - Réparation : 80 et s., 91 s.
- Faute contractuelle précontractuelle : 216 s.

Faux et usage de faux

- Régime : 119 s.
- Et procédure de data-room : 123 s.

Gain manquée

- Et perte de chance de tirer profit du contrat : 84 s.
- Et perte de chance de conclure une autre convention : 88 s.

Garantie : 671, 672, 726.

- d'éviction
 - Champ d'application : 674 s.
 - Du fait personnel : 675 s.
 - Du fait des tiers : 677 s.
 - Des charges non déclarées : 679 s.
 - Régime : 682 s.
 - Aménagements contractuels 692 s.
- Des vices cachés : 698.
 - Définition : 699.
 - Régime 690 s.
 - Aménagements : 714 s.
- De contenance
 - Définition : 719.

- Régime : 720 s.
- Aménagements : 723

Gestion technique (de l'immeuble) : 325.

- Documentation technique : 326.
- Procès-verbaux de réception et levée des réserves : 327.
- Attestation et rapport technique : 328.

Installation classée pour la protection de l'environnement (ICPE)

- Historique : 334.
- Définition : 335, 336, 337.
- Arrêt de l'exploitation : 409 s.
- Obligations spécifiques du vendeur : 423 s.
- Obligation de dépollution 426 s.

Immeuble commercial

- Approche économique : 7 s.
- Approche juridique : 13 s.

Infraction pénale : 100.

Information confidentielles : (voir confidentialité)

- Et protection : 231 s.
- Contenu : 235 s.

Juste valeur

- Définition : 392 s.

Local commercial

- Champ d'application du statut des baux commerciaux : 15,16.

Lettre de confidentialité :

- Définition : 175 s.
- Et lettre de confort : 178 s.
- Efficacité : 236 s.
- Et abus de droit : 238.
- Et engagement perpétuel : 240 s.
- Valeur : 271 s.

Lettre d'intention

- Définition : 177.
- Et négociation du contrat 180 s.

- Contenu : 182 s.
- Valeur : 271.

Liberté contractuelle

- Et rupture des pourparlers : 35, 36.

Loyer

- Loyer de base : 384.
- Indexation : 385.
- Paliers et franchises : 386.
- Variable : 387, 388.

Méthode d'estimation par le revenu : 397.

- Méthode par capitalisation : 398 s.
- Méthode par actualisation des flux futurs : 402 s.

Obligation de confidentialité

- Sanction : 241 s.

Obligation de dépollution (voir Installation classée pour la protection de l'environnement)

Obligation d'information

- Régime : 248 s.
- Effets : 258 s.
- Sanction 259 s.
- Et procédure de data-room : 2691 s.
- Contenu de l'obligation : 262 s.
- Organisation du transfert de la transmission de l'information : 265 s.
- Et contenu de l'information transmise 266 et s.
- Contractualisation : 271 s.
- Et Installation classée pour la protection de l'environnement : 418 s.

Obligation de remis en l'état (voir Installation classée pour la protection de l'environnement)

Option

- Entre la responsabilité délictuelle et contractuelle lors de la négociation : 179 s.

Organisation juridique de l'immeuble : 269 s.

- Copropriété : 302
- Volumétrie : 303

Principes directeurs

- Et data-room : 292 s.
 - Accès à l'information : 293.
 - Confidentialité : 294.
 - Transparence : 295 , 632.

Pourparlers

- Avancement : 50 s.
- Rupture (voir faute lors de la rupture des pourparlers)

Prêt : 577 s.

Procédure de data-room

- Organisation :3.
- Genèse : 4.
- Acteurs : 5.
- Objet : 7.
- Nature : 17 s.
- Enjeux : 21 s.

Professionnels de l'immobilier

- Définition : 8.
- Et obligation d'information : 263 s.

Promesse de vente : 437

- Promesse unilatérale de vente : 438 s.
 - Définition : 441 s.
 - Caractéristiques : 456 s.
 - Régime : 461 s.
 - Obligation des parties : 465 s.
 - Rétractation de la promesse : 468 s.
 - Vente à un tiers : 471 s.
 - Indemnité d'immobilisation : 475, 518.
 - Requalification : 482 s.
 - Exécution : 487 s.
 - Contenu : 490 s.
 - Clause de substitution : 495 s.
 - Objet : 502 s.
 - Communication des annexes : 508 s.
 - Durée : 511.
 - Stipulation des conditions suspensives (voir conditions suspensives)

- Forces et faiblesses lors de la procédure de data-room : 538 s.
- Promesse synallagmatique de vente
 - Nature : 540.
 - Régime : 540, 556 s ; 606.
 - Définition : 541 s.
 - Autonomie : 544 s.
 - Et réitération de la vente par acte authentique : 545 s.
 - Intérêt lors de la procédure de data-room : 550 s.
 - Et exception d'inexécution : 553.
 - Formation : 556 s.
 - Exécution : 563 s.
 - Obligations des parties : 564 s.
 - Extinction de la promesse : 570 s.
 - Et condition suspensive (voir condition suspensive)

Règlement de data-room

- Contenu : 287 s.
- Valeur juridique : 290 s.

Règlementation d'urbanisme :

- Limite à l'exercice du droit de propriété : 304, 305.

Responsabilité contractuelle précontractuelle : 196.

Responsabilité délictuelle précontractuelle : 32 s., 164, 165.

Revenu

- De l'immeuble : 308 s.

Risque juridique

- Et faute délictuelle précontractuelle 28, 29, 34, 70, 273.
- Et faute contractuelle : 123, 274.
- Et promesse de vente : 434, 573, 610, 611.
- Et vice du consentement : 670.
- Et négociation des garanties légales : 726.

Risque environnemental : 406 s.

- Pluralité de risques : 406.
- Exploitation d'une Installation classée pour la protection de l'environnement : 407 s.
- Et obligation du vendeur : 421 s.
- Et condition suspensive : 605 s.

Risque opérationnel

- Définition : 341.
- Et risque d'investissement : 342.
- Et data-room : 431, 432.
- Maîtrise : 434, 610, 611.
- Et promesse unilatérale de vente : 524 s.
 - Et retardement du transfert de propriété : 526 s.
 - Et conditions des effets du transfert de propriété : 530 s.
 - Et anticipation de la baisse du revenu de l'immeuble : 533 s.
 - Et destruction de l'immeuble : 535 s.

Rupture des pourparlers

- Brutalité : 53.
- Motifs de la rupture 54 s.
- Moment : 75 s.

Sécurité juridique 1, 2.

Servitudes : 306.

Situation locative

- Transmission des éléments : 323.
- Procédure de contrôle : 382 s.

Surface commerciale : 375.

Taux

- Taux d'actualisation : 404
- Taux de rendement : 400

Valorisation

- Maîtrise du risque opérationnel : 274.
- Transmission de la documentation financière : 324.
- Et data-room : 340.
- Et juste valeur 396.
- Et risque opérationnel : 433.

Violence

- Définition : 136, 137
- Violence morale (voir chantage)

TABLES DES MATIERES
(Les chiffres renvoient aux numéros de pages)

INTRODUCTION -----	1
PARTIE 1. LA MAITRISE DU RISQUE LORS DE LA PHASE PRECONTRACTUELLE -	32
TITRE I : LE REGIME DE RESPONSABILITE PRECONTRACTUELLE APPLICABLE A LA PROCEDURE DE DATA-ROOM -----	34
Chapitre 1 : Le droit commun de la responsabilité précontractuelle -----	36
Section 1 : La responsabilité délictuelle précontractuelle -----	37
§1 : Le régime de la responsabilité délictuelle précontractuelle applicable à la procédure de data-room -----	39
I : La rupture des pourparlers, première cause d’engagement de la responsabilité délictuelle précontractuelle -----	41
A : La consistance de la faute -----	42
1 : L’objectivisation de la faute -----	42
2 : La moralisation de la faute -----	45
B : Les critères de la faute-----	48
1 : La faute et les circonstances de la rupture -----	49
<i>a : Le moment de la rupture</i> -----	49
<i>b : La brutalité de la rupture</i> -----	51
2 : La qualification fautive du motif de la rupture -----	52
II : La bonne foi, seconde cause d’engagement de la responsabilité délictuelle précontractuelle -----	55
A : Le régime de la bonne foi-----	56
1 : La reconnaissance progressive de l’autonomie de la bonne foi-----	57
2 : L’incidence de la validité de l’accord final sur la détermination du régime de responsabilité applicable -----	59
<i>a : Une responsabilité de nature délictuelle en cas de manquement à la bonne foi empêchant la signature de l’accord définitif</i> -----	59
<i>b : Une responsabilité de nature contractuelle en cas de manquement à la bonne foi empêchant la signature de l’accord</i> -----	60
B : Les obligations spécifiques résultant de la bonne foi -----	61
1 : L’obligation de confidentialité -----	62
2 : L’obligation d’information-----	62
§II : La mise en œuvre de la responsabilité délictuelle précontractuelle lors de la procédure de data-room -----	63
I : L’évaluation du risque juridique en fonction des conditions d’application de la responsabilité délictuelle précontractuelle -----	64
A : La notion de croyance légitime : premier obstacle à la mise en œuvre de la responsabilité délictuelle précontractuelle -----	64
B : Le moment de la rupture, deuxième obstacle à la mise en œuvre de la responsabilité délictuelle précontractuelle -----	66
1 : La relation précontractuelle antérieure à l’entrée en data-room -----	67
2 : La relation précontractuelle postérieure à l’entrée en data-room -----	67
II : L’évaluation du risque juridique en considération de la sanction -----	69
A : La nature de la sanction, premier critère de l’évaluation du risque juridique	69

B : La détermination des dommages indemnifiables, second critère de l'évaluation du risque juridique -----	70
1 : L'appréciation des dommages réparables en considération de la notion de gain manqué-----	71
<i>a : L'exclusion de la réparation du gain manqué procédant de la perte de chance de tirer profit du contrat</i> -----	71
<i>b : L'admission de la réparation du gain manqué procédant de la perte de chance de conclure une autre convention</i> -----	74
2 : Les autres dommages réparables au titre de la rupture-----	77
<i>a : Les frais engagés pour la négociation</i> -----	77
<i>b : L'atteinte à la réputation et la concurrence déloyale</i> -----	79
C : Une indemnisation du préjudice réduite à une peau de chagrin -----	80
Section 2 : La responsabilité pénale précontractuelle -----	83
§1 : L'engagement de la responsabilité pénale lors de la formation du contrat -----	84
I : Les manœuvres contraires à la bonne foi visant à tromper le négociateur-----	85
A : L'escroquerie lors de la procédure de data-room -----	85
1 : Le régime de l'escroquerie -----	85
2 : Les conditions de mise en œuvre de l'escroquerie -----	86
3 : De l'escroquerie et des immeubles-----	87
B : L'abus de confiance lors de la procédure de data-room -----	90
1 : Le régime de l'abus de confiance -----	90
2 : Les conditions de mise en œuvre de l'abus de confiance-----	91
II : Les manœuvres contraires à la loyauté visant à influencer la conclusion du contrat -----	93
A : Du Faux et usage de faux lors de la procédure de data-room -----	93
1 : Le régime du faux ordinaire -----	94
2 : Hypothèses de qualification du faux et usage de faux dans le cadre de la procédure de data-room -----	95
B : La corruption active et passive dans le secteur privé et la procédure de data-room -----	97
1 : Le régime de la corruption -----	98
2 : Hypothèses de qualification de la corruption lors de la procédure de data-room -----	100
III : L'utilisation de la violence en vue de forcer la conclusion du contrat -----	101
A : L'extorsion lors de la procédure de data-room -----	102
1 : Le régime de l'extorsion-----	103
2 : Hypothèse de qualification de l'extorsion lors de la procédure de data-room -----	105
B : La violence morale et le cas spécifique du chantage -----	105
1 : Le régime de la violence morale -----	106
2 : Hypothèses de qualification du chantage lors de la procédure de data-room-----	107
§2 : L'engagement de la responsabilité pénale lors de la rupture des pourparlers ---	107
I : La faute pénale lors de la rupture : la discrimination -----	108
A : La définition de la discrimination -----	108
B : La discrimination en tant que concept juridique-----	108
II : La mise en œuvre de la responsabilité pénale lors de la rupture fautive -----	109
A : Le contrôle des motifs de la rupture par les juges du fond-----	109

B : La sanction de la rupture pour motif discriminatoire lors de la procédure de data-room -----	110
§3 : L'évaluation du risque tenant à l'engagement de la responsabilité pénale précontractuelle -----	111
I : Un contentieux pénal inexistant ... -----	111
A : L'inexistence du contentieux pénal précontractuel -----	111
B : La finalité de l'action pénale -----	112
II : ... En accord avec l'esprit de la procédure de data-room -----	112
A : L'opposition de principe de la procédure de data-room et la procédure pénale -----	113
B : La sanction pénale : un risque théorique -----	113
Conclusion du Chapitre 1 : Le droit commun de la responsabilité précontractuelle -----	115
Chapitre 2 : La contractualisation des pourparlers -----	117
Section 1 : La pénétration de la loi contractuelle dans la négociation -----	119
§1 : La valeur juridique des documents préparatoires -----	119
I : Les « documents préparatoires », une notion à géométrie variable -----	120
A : Les documents préparatoires, un ensemble hétéroclite -----	120
B : De la doctrine et de la notion de documents préparatoires -----	120
II : Les lettres de confidentialité et d'intention échangées lors de la procédure de data-room -----	122
A : La lettre de confidentialité -----	122
B : La lettre d'intention -----	123
1 : La lettre de confort et le secteur bancaire -----	123
2 : La lettre d'intention et la négociation du contrat -----	124
3 : Le contenu de la lettre d'intention -----	125
III : La valeur contractuelle des documents préparatoires échangés lors de la procédure de data-room -----	126
A : L'analyse des contrats préparatoires au regard de l'obligation pour les parties de conclure la vente -----	127
1 : L'absence d'obligation pour les parties de conclure la vente -----	127
2 : La possible requalification de la lettre d'intention en offre ferme -----	128
B : La valeur des obligations mises à la charge des parties -----	130
§ 2 : Le régime de la responsabilité contractuelle précontractuelle -----	132
I : Les conditions de mise en œuvre de la responsabilité contractuelle précontractuelle -----	133
A : Le principe du non-cumul des responsabilités délictuelle et contractuelle -	134
B : L'existence du contrat temporaire de négociation -----	137
1 : La preuve de l'avant-contrat -----	137
2 : L'objet de la preuve -----	139
C : L'inexécution des contrats de négociation temporaires -----	140
1 : Les contrats préparatoires portant sur la négociation du contrat définitif	141
2 : Les contrats préparatoires portant sur l'organisation de la négociation --	142
a : <i>L'inexécution de l'obligation selon la nature du contrat de négociation</i>	142
b : <i>La nature des obligations relevant des contrats temporaires</i> -----	143
II : Les effets de l'introduction de la loi contractuelle lors de la négociation -----	145
A : La nature de la réparation -----	145

B : L'aménagement conventionnel du régime de la responsabilité contractuelle précontractuel -----	146
1 : La stipulation des clauses limitatives ou élusives de responsabilité -----	146
2 : La limitation du montant des dommages et intérêts : la clause pénale ---	148
Section 2 : La contractualisation des obligations de confidentialité et d'information--	151
§1: La contractualisation de l'obligation de confidentialité-----	152
I : L'inadaptation de la protection légale de la confidentialité-----	153
A : L'insuffisance de la protection légale de l'information -----	153
1 : Le régime de protection général de la confidentialité-----	153
<i>a : La protection de la confidentialité par l'entremise de la bonne foi</i> ----	154
<i>b : La protection de la confidentialité par l'entremise de la concurrence déloyale</i> -----	155
2 : La protection spécifique applicable à certaines informations par essence confidentielles -----	155
B : La contractualisation nécessaire de la confidentialité dans le cadre de la procédure de data-room -----	157
1 : La détermination de l'information protégée selon l'objet de l'opération	158
2 : La détermination de l'information protégée laissée à la libre discrétion des parties -----	158
II : L'efficacité de la lettre de confidentialité -----	160
A : Le droit des obligations, limite théorique à l'efficacité de la lettre de confidentialité-----	160
1 : La lettre de confidentialité et de l'abus de droit-----	160
2 : La lettre de confidentialité et l'engagement perpétuel -----	161
B : La sanction du manquement à l'obligation de confidentialité, limite pratique à l'efficacité du contrat temporaire de négociation-----	163
1 : Le difficile exercice de l'action en responsabilité contractuelle-----	163
2 : L'inefficacité des sanctions alternatives -----	164
§2 : L'obligation précontractuelle d'information -----	166
I : Le régime de l'obligation précontractuelle d'information -----	167
A : Les éléments constitutifs de l'obligation d'information-----	167
1 : L'élément matériel de l'obligation d'information -----	168
<i>a : L'information doit se rapporter à l'objet du contrat</i> -----	168
<i>b : L'information doit être utile</i> -----	169
<i>c : L'information doit être licite</i> -----	171
2 : Élément moral de l'obligation d'information -----	172
<i>a : Le créancier de l'obligation ne doit pas être tenu par un devoir de se renseigner</i> -----	172
<i>b : Le créancier de l'obligation doit être ignorant en la matière</i> -----	173
B : Les effets de l'obligation d'information -----	173
1 : La nature de la responsabilité envisagée au regard de l'obligation précontractuelle d'information -----	174
2 : La sanction de l'inexécution de l'obligation précontractuelle d'information	174
II : la mise en œuvre de l'obligation d'information appréciée dans le cadre de la procédure de data-room -----	176
A : L'imprécision du contenu de l'obligation précontractuelle d'information -	176
B : L'incidence de la qualité des parties sur l'obligation d'information -----	177
III : L'organisation contractuelle de la transmission de l'information-----	180

A : La standardisation par la pratique du contenu du mémorandum informatif	181
1 : La situation globale de l'actif immobilier	181
2 : L'Organisation juridique de l'immeuble	183
3 : Les données financières inhérentes à l'immeuble	183
B : La contractualisation de l'obligation d'information et l'ouverture de la data-room	184
Conclusion du Chapitre 2 : La contractualisation des pourparlers	186
CONCLUSION DU TITRE 1: LE REGIME DE RESPONSABILITE PRECONTRACTUELLE APPLICABLE A LA PROCEDURE DE DATA-ROOM	188
TITRE 2 : LA VALORISATION DE L'IMMEUBLE	190
Chapitre 1 : La data-room, clef de voute de la procédure	192
Section 1 : L'approche théorique de la data-room	193
§1 : La définition de la data-room	193
I : De la data-room physique...	193
A : La genèse de la notion de « data-room »	194
B : Le recours à la procédure de data-room en matière de vente immobilière	194
II : ... A la data-room virtuelle	196
A : Le passage de la data-room physique à la data-room numérique	196
B : Le rôle de la pratique notariale dans l'uniformisation des data-room	197
§2 : Le fonctionnement de la data-room	198
I : Le règlement de la data-room	198
A : Le contenu du règlement de data-room	198
B : La nature juridique du règlement de data-room	199
1 : Les obligations contractuelles du règlement de data-room	200
2 : L'absence d'engagement du règlement de data-room à la conclusion de la vente	200
II : Les principes directeurs de la data-room	201
A : L'égalité d'accès à l'information des candidats-acquéreurs	201
B : La confidentialité de l'information	202
C : La transparence des informations communiquées au sein de la data-room	203
Section 2 : L'approche pratique de la data room	205
§1 : Le droit de propriété du vendeur	206
I : Le titre de propriété du vendeur	206
A : L'existence et la régularité du titre de propriété	207
B : Du contrôle de l'assiette du droit de propriété du vendeur	208
II : L'organisation juridique de la propriété de l'immeuble	211
A : L'immeuble soumis au statut de la copropriété	212
B : Le cas de l'immeuble non soumis au statut de la copropriété	213
III : Les limites à l'exercice du droit de propriété	214
A : Les règles de l'urbanisme	214
B : Les servitudes	216
§2 : Le contrôle des éléments portant sur le revenu de l'immeuble	217

I : La pérennité de la perception des loyers pour l'avenir : le contrôle de la validité des autorisations nécessaires à l'exploitation de l'immeuble -----	218
A : Les autorisations de construire et d'exploiter-----	218
1 : La conformité et l'absence de recours à l'encontre de l'autorisation de construire -----	218
2 : La conformité et de l'absence de recours à l'encontre de l'autorisation d'exploiter -----	219
B: L'ouverture au public -----	219
II: L'analyse des conditions de perception du loyer de l'immeuble.....	222
A : La transmission des contrats de mise à disposition des locaux commerciaux	223
1 : Des différents types de contrats portant sur la mise à disposition d'un local commercial -----	223
a : <i>Le bail commercial</i> -----	223
b : <i>Le bail dérogatoire</i> -----	225
c : <i>La convention d'occupation précaire</i> -----	225
2 : La transmission des informations inhérentes à la situation locative -----	227
B : Les éléments financiers ou la modélisation économique de la situation locative -----	227
§3 : La gestion technique et environnementale du bâti -----	228
I : La documentation technique-----	229
A : Les procès-verbaux de réception et de levée des réserves -----	229
B : Les attestations et rapports techniques -----	230
II : La gestion technique du site commercial -----	232
A : L'exploitation de l'immeuble ou la vie courante d'un site commercial ----	232
B : L'exploitation de l'immeuble ou l'anticipation de sa vétusté pour le futur : la communication du plan pluriannuel de travaux-----	233
III : La dimension environnementale de l'exploitation de l'immeuble -----	234
A : Les installations classées pour la protection de l'environnement-----	234
B : Les diagnostics immobiliers-----	236
Conclusion du Chapitre 1: La data-room, clef de voute de la procédure-----	238
Chapitre 2 : Méthodologie d'audit de la data-room -----	239
Section 1 : L'analyse des autorisations de construire et d'exploiter -----	243
§1 : La validité des autorisations de construire -----	243
I : Le caractère définitif des autorisations de construire -----	244
A : L'appréciation du caractère définitif des autorisations délivrées postérieurement au 1 ^{er} octobre 2007 -----	245
1 : Du déféré préfectoral et de la validité d'une autorisation de construire délivrée postérieurement au 1 ^{er} octobre 2007-----	245
2 : Du retrait et de la validité d'une autorisation de construire délivrée postérieurement au 1 ^{er} octobre 2007-----	247
3 : Du recours contentieux et de la validité d'une autorisation de construire délivrée postérieurement au 1 ^{er} octobre 2007 -----	248
4 : De la date d'achèvement des travaux et de la conformité d'une autorisation de construire délivrée postérieurement au 1 ^{er} octobre 2007 -----	251
B : Le caractère définitif des autorisations délivrées antérieurement au 1 ^{er} octobre 2007 -----	252

1 : Le déferé préfectoral et la validité des autorisations de construire délivrées antérieurement au 1 ^{er} octobre 2007 -----	252
2 : Le retrait et de la validité des autorisations de construire délivrées antérieurement au 1 ^{er} octobre 2007 -----	253
3 : Le recours contentieux et la validité des autorisations de construire délivrées antérieurement au 1 ^{er} octobre 2007 -----	253
4 : La date d'achèvement des travaux et la conformité des autorisations de construire délivrées antérieurement au 1 ^{er} octobre 2007 -----	255
II : La conformité des constructions -----	257
A : La conformité administrative des constructions -----	257
1 : L'achèvement de la construction postérieur au 1 ^{er} octobre 2007 -----	258
2 : L'achèvement de la construction antérieure au 1 ^{er} octobre 2007 -----	259
B : La conformité réelle -----	260
III : Le délai de validité de l'autorisation de construire -----	260
A : Un délai légal de mise en œuvre de deux ans -----	261
B : La possibilité de prorogation du délai légal de mise en œuvre des autorisations de construire -----	261
§2 : La validité des autorisations d'exploiter -----	262
I : Le caractère définitif des autorisations d'exploitation -----	262
A : Les autorisations délivrées avant l'entrée en vigueur du décret du 24 novembre 2008 -----	263
B : Les autorisations délivrées après l'entrée en vigueur du décret du 24 novembre 2008 -----	265
II : La conformité de l'exploitation de l'immeuble au regard des autorisations obtenues -----	266
A : La comparaison des surfaces -----	266
B : L'absence de caducité des droits obtenus au titre des autorisations d'exploitation -----	267
C : L'absence de cession des droits obtenus au titre des autorisations d'exploitation commerciale -----	269
D : Le défaut d'exigence de nouvelles autorisations avant et après l'ouverture de l'immeuble commercial au public -----	270
III : Le délai de validité des autorisations n'ayant pas encore été mises en œuvre -----	272
Section 2 : L'analyse de la situation locative -----	274
§1 : Le contrôle des éléments afférents à la situation locative -----	275
I : Les procédures de contrôle des conditions juridiques de perception des loyers -----	275
A : Les loyers de base -----	275
1 : L'indexation des baux commerciaux -----	276
2 : Les paliers et franchises de loyer -----	278
B : Les loyers variables -----	279
II : Les procédures de contrôle portant sur les charges locatives -----	280
§2 : L'élaboration du modèle économique d'acquisition -----	282
I : La notion de juste valeur -----	282
A : La convergence des méthodes d'évaluation ou le recours à la « juste valeur » -----	283
B : La « juste valeur » et de son incidence lors de la valorisation des immeubles -----	285
II : La mise en œuvre des méthodes par le revenu -----	286
A : La méthode par capitalisation -----	286

B : La méthode par actualisation des flux futurs, ou méthode financière des cash-flows-----	289
§3 : Le contrôle de la situation environnementale de l'immeuble-----	293
I : La pollution du site procédant de l'exploitation d'une ICPE -----	294
A : L'arrêt de l'exploitation d'une ICPE-----	294
1 : La procédure de cessation d'activité-----	294
2 : Le débiteur de l'obligation de remise en l'état -----	298
B : L'obligation d'information du vendeur -----	300
II : Les obligations du propriétaire non exploitant lors de la revente d'un terrain pollué	
-----	301
A : Les obligations en matière de vente-----	302
1 : Les obligations spécifiques aux ICPE -----	302
2 : Les obligations de droit commun au titre du Code civil -----	303
B : Les obligations de dépollution -----	304
1 : L'absence d'obligation de remise en l'état à l'égard du propriétaire non exploitant -----	305
2 : La mise en œuvre de pouvoirs de police généraux en cas de danger immédiat -----	305
3 : La mise en œuvre de pouvoirs de police spéciaux des déchets -----	306
Conclusion du Chapitre 2: Méthodologie d'audit de la data-room-----	307
CONCLUSION DU TITRE 2: LA VALORISATION DE L'IMMEUBLE-----	309
CONCLUSION DE LA PARTIE 1: LA MAITRISE DU RISQUE LORS DE LA PHASE PRECONTRACTUELLE -----	311
PARTIE 2 : LA MAITRISE DU RISQUE LORS DE LA PHASE CONTRACTUELLE ----	314
TITRE I : LES PROMESSES DE VENTE -----	315
Chapitre 1 : La promesse unilatérale de vente-----	317
Section 1 : Le fonctionnement de la promesse unilatérale de vente -----	318
§1 : La nature juridique de la promesse unilatérale de vente-----	318
I : La définition de la promesse unilatérale -----	318
A : Les différents types de promesses unilatérales -----	318
1 : Les promesses unilatérales de vente -----	319
2 : La promesse unilatérale d'achat-----	319
B : Le recours aux promesses unilatérales de ventes lors de la procédure de data-room -----	320
1 : L'intérêt des promesses unilatérales lors de la procédure de data-room -	320
2 : Le plébiscite des promesses unilatérales de vente -----	321
II : Quid du rattachement de la promesse unilatérale de vente à d'autres manifestations de volonté ou actes juridiques -----	322
A : La distinction entre la promesse unilatérale de vente, l'offre et le contrat préparatoire-----	323

1 : La distinction entre la promesse unilatérale de vente et l'offre-----	323
2 : La distinction entre la promesse unilatérale de vente et les contrats préparatoires -----	324
B : La distinction entre la promesse unilatérale de vente et la vente-----	324
1 : La distinction entre la promesse unilatérale de vente et de la vente définitive -----	325
2 : La distinction entre la promesse unilatérale de vente et la vente sous conditions suspensives -----	325
C : La distinction entre la promesse unilatérale de vente et la promesse synallagmatique de vente-----	326
III : Les caractéristiques de la promesse unilatérale de vente-----	327
A : Le consensualisme de la promesse unilatérale de vente-----	327
B : Le caractère unilatéral de la promesse -----	329
1 : La divergence doctrinale quant au caractère unilatéral ou bilatéral de la promesse-----	330
2 : La jurisprudence en faveur de la nature unilatérale de la promesse de vente-----	331
§ 2 : Le régime juridique de la promesse unilatérale de vente -----	332
I : Les conditions de formation de la promesse unilatérale de vente-----	333
A : Les conditions de forme prescrites par l'article 1589-2 du Code civil-----	333
B : Les conditions de forme prescrites par l'article L 290-1 et suivant du CCH-----	335
II : Les obligations des parties-----	336
A : Les obligations du promettant-----	337
1 : La rétractation de la promesse unilatérale de vente -----	337
a : <i>La rétractation en tant que violation d'une obligation de faire</i> -----	339
b : <i>La rétractation analysée au regard de la force obligatoire du contrat</i> -----	340
c : <i>L'incidence de la position jurisprudentielle de la Cour de cassation en matière de maîtrise du risque</i> -----	341
2 : La vente de l'immeuble à un tiers-----	342
a : <i>Quid de l'annulation de la vente de l'immeuble à un tiers réalisée en fraude de la promesse</i> -----	342
b : <i>L'incidence de cette solution jurisprudentielle sur la maîtrise du risque juridique</i> -----	344
B : Les obligations du bénéficiaire -----	346
1 : La nature juridique de l'indemnité d'immobilisation -----	346
a : <i>La reconnaissance des clauses d'immobilisation par la jurisprudence</i> -----	347
b : <i>La nature de l'indemnité d'immobilisation</i> -----	348
2 : Le régime de l'indemnité d'immobilisation -----	349
a : <i>Les hypothèses de révision du montant de l'indemnité d'immobilisation</i> -----	350
i : La requalification de la promesse-----	350
ii : La renonciation rapide au bénéfice de la promesse -----	352
3 : La restitution de l'indemnité d'immobilisation -----	354
III : L'exécution de la promesse-----	355
A : l'exécution forcée de la vente -----	356
B : La disparition de la chose-----	356
Section 2 : Le contenu de la promesse unilatérale de vente -----	358
§ 1 : La technique contractuelle et le risque juridique -----	359
I : Les stipulations contractuelles relatives à la formation de la promesse-----	359
A : Les parties-----	360

1 : La clause portant sur l'identification des parties-----	360
2 : La clause de substitution -----	361
<i>a : La nature de la clause de substitution</i> -----	361
<i>b : La rédaction de la clause de substitution</i> -----	364
B : L'objet de la promesse unilatérale de vente et de la désignation du bien vendu	
-----	366
1 : L'offre objet de la promesse doit porter sur un contrat déterminé... -----	366
2 : ... A des conditions déterminées-----	366
<i>a : La chose</i> -----	367
i : La désignation générale de la chose vendue -----	367
ii : La déclaration du vendeur relativement à la chose vendue -----	368
iii : L'importance des annexes en matière de désignation de l'immeuble	
vendu-----	369
<i>b : Le prix</i> -----	370
C : La durée -----	370
D : La stipulation des conditions suspensives -----	372
II : Les stipulations contractuelles relatives à l'exécution de la promesse -----	373
A : La contractualisation de la sanction rattachée à l'inexécution des obligations des parties -----	373
1 : L'aménagement contractuel de la sanction des obligations du promettant : la rétractation-----	374
2 : L'aménagement contractuel de la sanction des obligations du bénéficiaire : le paiement de l'indemnité d'immobilisation -----	376
<i>a : Les différentes modalités de versement de l'indemnité d'immobilisation</i> -----	376
i : Le versement de l'indemnité au moment de la signature de la promesse -----	376
ii : Le versement de l'indemnité d'immobilisation au moment de la levée de l'option-----	377
<i>b : Le sort de l'indemnité d'immobilisation</i> -----	378
B : La contractualisation des modalités de la levée d'option -----	378
§2 : La technique contractuelle et le risque opérationnel-----	379
I : Les aménagements contractuels et le transfert de la propriété de l'immeuble -	380
A : L'aménagement contractuel du retardement du transfert de propriété -----	380
1 : La description du mécanisme juridique -----	381
2 : Les effets du mécanisme juridique-----	382
3 : La rédaction des clauses portant sur le retardement du transfert de propriété-----	383
B : L'aménagement de la transmission de la jouissance: du revenu et des charges-----	383
1 : La perception des loyers-----	383
2 : Le paiement des charges-----	385
II : L'anticipation de la possible baisse de revenu de l'immeuble -----	386
A : La gestion de l'immeuble-----	387
B : La destruction de l'immeuble -----	388
1 : L'hypothèse de la destruction totale de l'immeuble-----	388
2 : L'hypothèse de la destruction partielle ou sinistre-----	389
Conclusion du Chapitre 1: La promesse unilatérale de vente -----	391
Chapitre 2 : La promesse synallagmatique de vente -----	392

Section 1 : Le fonctionnement de la promesse synallagmatique de vente -----	394
§1 : La nature juridique de la promesse synallagmatique de vente -----	394
I : La distinction entre la promesse synallagmatique de vente et la vente définitive	394
A : La définition de la promesse synallagmatique de vente-----	395
B : L'autonomie de la promesse synallagmatique de vente au regard de la vente définitive-----	395
1 : Le principe de l'article 1589 du Code civil-----	396
2 : Le tempérament à l'article 1589 du Code civil : la promesse de vente ne vaut pas vente -----	397
3 : Le rôle du juge dans la qualification de clauses portant sur la réitération de la vente en la forme authentique -----	399
II : L'intérêt de la promesse synallagmatique de vente -----	401
A : L'intérêt pratique de la réitération de la vente en la forme authentique ----	401
1 : La réitération de la vente permet le rallongement artificiel de la période d'audit -----	401
2 : L'exception d'inexécution -----	402
B : La fixation d'un terme-----	403
C : La coïncidence entre la formation du contrat de vente et son exécution----	403
§2 : Le régime juridique de la promesse synallagmatique de vente-----	404
I : La formation de la promesse synallagmatique de vente-----	404
A : les conditions de fond -----	405
1 : Les conditions de fond prescrites par l'article 1108 du Code civil-----	405
2 : Quid de la lésion-----	406
B : Les conditions de forme-----	406
II : L'exécution de la promesse synallagmatique de vente -----	407
A : Les obligations des parties-----	407
1 : La qualification de l'obligation des parties par la jurisprudence -----	408
2 : L'analyse doctrinale de la position de la Cour de cassation-----	409
B : La sanction de l'inexécution des obligations des parties -----	410
1 : La sanction de la non réitération des consentements en la forme authentique -----	410
2 : L'hypothèse de la conclusion de la vente avec un tiers -----	411
C : L'extinction de la promesse -----	412
1 : Le principe de la non-caducité de la promesse à l'expiration du délai ---	412
2 : L'extinction de la promesse synallagmatique de vente -----	413
Section 2 : La maîtrise du risque par la stipulation des conditions suspensives-----	414
§1 : La condition suspensive tenant à l'obtention d'un prêt-----	414
I : La réalisation de la condition suspensive-----	416
A : La réalisation de la condition suspensive par l'obtention du prêt-----	416
1 : La définition de la notion d' « obtention de prêt »-----	416
2 : Les modalités de la réalisation de la condition suspensive-----	418
B : La réalisation de la condition suspensive en l'absence de l'obtention du prêt	419
1 : L'empêchement de la condition suspensive du fait de l'emprunteur -----	420
2 : Une condition réputée acquise-----	421
II : La rédaction de la condition suspensive d'obtention d'un prêt-----	422
A : Les modalités d'obtention du prêt et les obligations qui en résultent pour l'emprunteur-acquéreur-----	423
1 : Les modalités de l'obtention du prêt-----	423

2 : Les obligations de l'acquéreur-emprunteur -----	424
B : La réalisation de la condition suspensive-----	424
1 : Les modalités de réalisation de la condition suspensive-----	425
2 : Les conséquences de la non-réalisation de la condition suspensive : le sort de l'indemnité d'immobilisation-----	425
3 : La renonciation à la condition suspensive -----	426
§2 : Les conditions suspensives usuelles lors de la procédure de data-room -----	427
I : Les conditions suspensives portant sur les autorisations de construire et d'exploiter -----	427
A : La condition suspensive portant sur l'obtention d'une autorisation de construire -----	429
1 : Le bénéficiaire de la clause -----	429
2 : Les caractéristiques de la demande d'autorisation de construire -----	431
<i>a : Le dépôt de la demande</i> -----	431
<i>b : Les modalités de la demande</i> -----	432
3 : La réalisation de la condition suspensive -----	433
B : La condition suspensive portant sur l'obtention de l'autorisation d'exploiter-----	434
II : Des conditions suspensives portant sur le risque environnemental-----	437
A : La condition suspensive relative aux travaux de dépollution du site-----	437
B : La condition suspensive relative aux coûts des fondations -----	438
Conclusion du Chapitre 2 : La promesse synallagmatique de vente -----	441
CONCLUSION DU TITRE 1 : LES PROMESSES DE VENTE -----	442
TITRE 2 : L'ACTE DE VENTE-----	444
Chapitre 1 : Le risque tenant à la nullité de la vente sur le fondement des vices du consentement-----	446
Section 1 : L'erreur spontanée-----	447
§ 1 : Le champ d'application de l'erreur sur les qualités substantielles -----	447
I : L'objet de l'erreur : la notion de « substance »-----	448
A : La notion de substance -----	448
1 : Des caractéristiques de la chose -----	449
2 : De l'utilité de la chose -----	450
3 : Des éléments de l'engagement -----	450
B : L'appréciation in concreto de la notion de « substance » -----	451
C : L'hypothèse de la qualification d'erreur sur la substance en présence d'un vice affectant l'immeuble -----	452
II : Le régime de l'erreur sur les qualités substantielles de l'immeuble -----	453
A : La preuve de l'erreur -----	453
B : La sanction de l'erreur -----	454
1 : La nullité relative de la vente -----	454
2 : La réparation du préjudice consécutif à l'erreur -----	455
§ 2 : Les remèdes contre l'erreur lors de la procédure de data-room-----	456
I : La stipulation de l'obligation de recherche active de l'acquéreur -----	457
A : L'importance de la visite effective de l'immeuble-----	458

B : La transparence de la vente en tant que remède à l'erreur -----	459
C : L'hypothèse de l'essentialisation d'une qualité accessoire dans la détermination du consentement -----	460
II : Les caractères de l'erreur -----	460
A : Les caractères de l'erreur nécessaires à sa sanction -----	461
1 : Le caractère déterminant de l'erreur -----	461
2 : Le caractère excusable de l'erreur -----	461
B : Les caractères de l'erreur indifférents à sa sanction -----	463
1 : Les erreurs de droit et les erreurs de fait -----	463
2 : Les erreurs unilatérales et les erreurs communes -----	464
Section 2 : L'erreur provoquée -----	465
§ 1 : Le dol et la réticence dolosive -----	467
I : Les conditions du dol -----	467
A : Les conditions afférentes à l'auteur du dol -----	467
B : Les éléments du dol -----	468
1 : L'élément matériel du dol -----	468
<i>a</i> : La notion de « manœuvre » -----	469
<i>b</i> : L'assimilation du mensonge à la notion de « manœuvres » -----	470
<i>c</i> : L'assimilation de la réticence dolosive à la notion de manœuvre -----	471
2 : L'élément moral -----	472
C : La victime du dol -----	473
1 : L'objet de l'erreur -----	473
2 : Du caractère déterminant de l'erreur -----	474
3 : Du caractère excusable de l'erreur -----	475
II : Le régime du dol -----	476
A : La preuve du dol -----	476
B : La sanction du dol -----	477
1 : La sanction tenant en l'annulation de la convention -----	478
2 : La réparation du dol -----	479
§ 2 : Les remèdes au dol lors de la procédure de data-room -----	480
I : Le régime des déclarations du vendeur sur l'immeuble -----	481
A : Les déclarations du vendeur en tant que mécanisme de protection avancé visant à contrer l'effet des clauses de non-garantie -----	482
B : L'insertion des déclarations du vendeur dans le corps de l'acte -----	483
II : L'objet des déclarations du vendeur -----	484
A : Les vices possibles de l'immeuble -----	484
B : Les charges susceptibles de grever l'immeuble -----	485
Conclusion du Chapitre 1 Le risque tenant à la nullité de la vente sur le fondement des vices du consentement -----	487
Chapitre 2 : La négociation des garanties -----	489
Section 1 : La négociation de la garantie d'éviction -----	491
§ 1 : Le fonctionnement de la garantie d'éviction -----	492
I : Le champ d'application de l'éviction -----	492
A : La garantie d'éviction du fait personnel -----	493
B : La garantie d'éviction du fait d'un tiers -----	494
1 : La garantie d'éviction proprement dite -----	495

2 : La garantie des charges non déclarées-----	497
<i>a</i> : Les charges connues ou réputées connues de l'acquéreur-----	497
<i>b</i> : Les charges ignorées du vendeur-----	498
II : le régime de la garantie d'éviction-----	499
A : Les conditions de mise en œuvre de la garantie d'éviction-----	499
1 : Le demandeur de l'action en garantie-----	499
2 : La mise en œuvre de la garantie à titre principal ou à titre incident-----	500
3 : Le délai-----	501
B : Les effets de la garantie-----	501
1 : Le droit de rétention de l'acquéreur sur le prix-----	501
2 : Les effets de la garantie en cas d'éviction totale-----	503
3 : Les effets de la garantie en cas d'éviction partielle et de charges non déclarées-----	505
§2 : Les aménagements contractuels de la garantie d'éviction-----	506
I : L'extension des effets de la garantie d'éviction-----	507
II : La restriction des effets de la garantie d'éviction-----	507
A : Le régime des clauses restrictives de garantie-----	508
B : Les effets des clauses limitatives de garantie-----	509
Section 2 : La négociation des garantie des vices cachés de contenance-----	511
§1 : La garantie des vices cachés-----	512
I : Le régime général de la garantie des vices cachés-----	512
A : Les conditions de mise en œuvre de la garantie : les caractéristiques du vice-----	513
1 : L'atteinte à la destination ou à l'usage de l'immeuble-----	513
2 : Les caractères du vice-----	514
<i>a</i> : Le vice doit être caché-----	514
<i>b</i> : Le vice doit être antérieur à la vente-----	515
<i>c</i> : Le vice doit être inhérent à l'immeuble-----	515
B : Le régime de l'action en garantie-----	516
1 : La mise en œuvre de l'action-----	516
<i>a</i> : Le titulaire de l'action-----	517
<i>b</i> : Le délai d'action-----	517
2 : La réparation du vice caché-----	518
<i>a</i> : Le choix entre la résolution de la vente ou la diminution du prix-----	518
<i>b</i> : Les réparations dues par le vendeur-----	519
II : Les aménagements conventionnels permettant l'exclusion de la garantie des vices cachés-----	520
A : L'ignorance du vice par le vendeur, condition primordiale de validité des clauses limitatives ou exclusives de garantie des vices cachés-----	521
B : La portée des clauses limitatives ou exclusives de garantie-----	521
1 : L'exclusion partielle de garantie-----	522
2 : L'exclusion totale de la garantie-----	522
§ 2 : La garantie de contenance-----	523
I : La contenance de l'immeuble-----	523
A : L'hypothèse où la contenance de l'immeuble est inférieure à celle de l'acte de vente-----	524
B : L'hypothèse où la contenance de l'immeuble est supérieure à celle de l'acte de vente-----	525
II : Les clauses de non-garantie de contenance-----	526

A : La rédaction de la clause-----	526
B : Les conditions de validité de la clause-----	526
Conclusion du Chapitre 2: La négociation des garanties -----	528
CONCLUSION DU TITRE 2: L'ACTE DE VENTE -----	530
CONCLUSION DE LA PARTIE 2 : LA MAITRISE DU RISQUE LORS DE LA PHASE CONTRACTUELLE-----	531
CONCLUSION GENERALE -----	532

La procédure de data-room dans la vente d'immeuble affecté à une activité commerciale

Depuis plusieurs années, la procédure de data-room s'est imposée auprès des professionnels de l'investissement comme le mode privilégié de vente d'immeuble leur permettant d'organiser efficacement la rotation de leur patrimoine. Juridiquement, cette procédure se déroule en deux phases. La première, précontractuelle, imposera aux candidats-acquéreurs, de déterminer la valeur de l'immeuble suite à un audit de chacune de ses composantes (juridique, financière, environnementale, technique, fiscale), puis de formuler à une date convenue entre les parties une offre ferme d'achat. La seconde, contractuelle, permettra au candidat-acquéreur retenu par le vendeur de finaliser, par la rédaction d'une promesse puis de l'acte authentique, les conditions de réalisation de la vente.

Le recours à une telle procédure n'est pas exempt de risques. D'une part, dans le silence de la loi, elle n'est soumise à aucun régime spécifique et relève donc du droit commun de la responsabilité civile (délictuelle et contractuelle) et plus exceptionnellement de la responsabilité pénale. D'autre part le foisonnement de normes juridiques que doivent maîtriser les candidats-acquéreurs lors de la valorisation de l'immeuble peut induire un risque d'erreur dont la conséquence économique est une surévaluation du prix d'acquisition.

Pour parvenir à maîtriser ce double niveau de risque que nous qualifierons de juridique et d'opérationnel, il a fallu dans un premier temps déterminer le régime de responsabilité dont relève cette procédure et ce à chacune de ces phases, puis dans un second temps analyser le déroulement de la phase d'audit en vue de proposer un modèle le plus exhaustif possible.

The data-room process on retail property sale

For several years, the data room procedure has emerged among investment professionals as the most preferred method for selling property in order to allow them to efficiently organize the rotation of their assets. Regarding the legal aspect, the data room procedure is divided into two phases. The first one, a pre-contractual phase, will oblige the bidders to determine the value of the property following a due diligence process of each of its components (legal, financial, tax ...), and then to provide a binding offer at an agreed date. The second phase, the contractual one, will allow the bidder selected by the seller to finalize, by the drafting of a call option and a deed, the conditions of completion of the sale.

The use of such a procedure is not without risks. On the one hand, since no specific law is applicable, such procedure is not subject to a specific regime and therefore falls under the common law of civil liability (tort and contract) and exceptionally criminal liability. On the other hand, the abundance of legal standards that must be respected by the bidders when valorizing the property may lead to a risk of mistake. The economic impact of such risk is an overvaluation of the purchase price.

In order to deal with this double level of risks that are considered as legal and operational risks, the liability regime governing such procedure had to be, in the first place, determined and thus for each phase, and, in second place, the due diligence process had to be analyzed in order to establish a most exhaustive template as possible .

